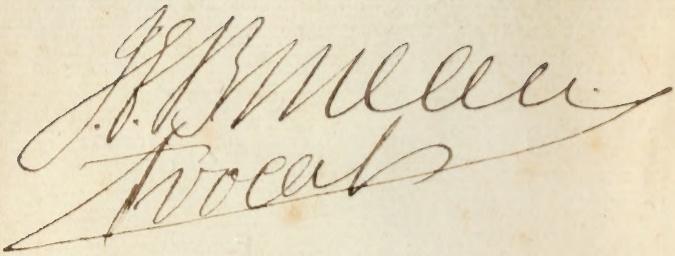
Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis



RÉPERTOIRE
UNIVERSEL ET RAISONNÉ
DE JURISPRUDENCE
CIVILE, CRIMINELLE,
CANONIQUE ET BÉNÉFICIALE.

Ouvrage de plusieurs jurisconsultes :

Mis en ordre & publié par M. Guyot, écuyer, ancien magistrat.

TOME TRENTE-CINQUIÈME.

BIBLIOTHEQUE DE DROIT
U.d'O.
O.U.
LAW LIBRARY

L. C. MEUNIER
AVOCAT
80 ST. GABRIEL
MONTREAL

A PARIS,

Chez { PANCKOUCKE, hôtel de Thou, rue des Poitevins.
DUPUIS, rue de la Harpe, près de la rue Serpente.

Et se trouve chez les principaux libraires de France.

M. DCC. LXXX.

Avec approbation & privilége du roi.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

16598 | XXXV

AVIS.

LA plupart des juriſconſultes nommés dans les divers articles du Répertoire, ayant fini le manuſcrit des parties dont ils s'étoient chargés, il paroît que cet ouvrage s'étendra environ à ſoixante volumes *in-octavo*. Au reſte, à quelque nombre qu'il puiſſe s'étendre au delà, le libraire s'eſt engagé à n'en faire payer que ſoixante volumes aux perſonnes qui s'en ſeront procuré un exemplaire avant la publication du dernier volume, & même ſi l'ouvrage n'a que ſoixante volumes, elles n'en payeront que cinquante-ſept, attendu que les trois derniers doivent leur être délivrés *gratis*. Le prix de chaque volume broché ou en feuille, eſt de 4 livres 10 ſous: on publie très-exactement huit volumes par année.

Cap
K
50
.R45
1775
v. 35

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE

CIVILE, CRIMINELLE,

CANONIQUE ET BÉNÉFICIALE.

LÉGITIME.

SECTION SIXIÈME.

De la quotité de la Légitime.

DANS l'ancien droit Romain, la Légitime des enfans, des ascendans & des frères, étoit fixée indistinctement au quart des biens que l'on auroit eus *ab intestat*. C'est ce qui résulte de la loi 8, §. 8, D. *de inofficioso testamento*, & de la loi 6, C. du même titre.

Justinien a changé totalement cette jurisprudence. La novelle 18, chapitre 1, distingue le cas où il se trouve quatre enfans ou un moindre

adinvenire ſemper naturæ conſequens ; ce qui ſemble faire entendre que la Légitime des frères doit demeurer ſoumiſe aux anciennes règles. Ils ajoutent que les derniers termes du chapitre 1 reſtreignent la diſpoſition de ce texte à ceux à qui il eſt dû une Légitime *ab initio* ; qu'ainſi on ne peut pas l'appliquer aux frères, puiſqu'ils n'ont droit à une portion légitimaire, que quand le défunt a inſtitué une perſonne infame, & par conſéquent *ex poſt facto*. Enfin le Brun dit, & c'eſt ſa ſeule raiſon, » que les frères ne peuvent » venir contre la diſpoſition que dans le ſeul cas » (dont on vient de parler), & que dans ce cas » ils n'ont pas une ſimple Légitime, mais ils font » caſſer la diſpoſition pour le tout «.

Le parti de l'augmentation de la Légitime des frères, eſt ſoutenu par Gabriel, en ſon conſeil 126 ; Cujas, ſur la novelle 18 ; Fachini, en ſes controverſes, livre 4, chapitre 28 ; Mathieu d'Utrecht, *de ſucceſſ. diſp. 6, theſ. 3* ; Vandepoll, *de exheredatione*, chapitre 64 ; les moyens qu'employent ces auteurs paroîtront ſans doute ſupérieurs aux motifs de l'opinion contraire. En voici la ſubſtance.

Il n'eſt point dit dans la novelle 18, que l'augmentation n'aura lieu que pour ceux dont la Légitime eſt de droit ordinaire ; cette loi ne renferme aucune reſtriction de cette nature ; elle veut au contraire que ſa diſpoſition ſoit commune à toutes les perſonnes qui avoient droit de Légitime ſuivant les loix précédentes, *hoc obſervando in omnibus perſonis in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioſo lege decreta eſt*, & certainement les frères étoient de ce nombre, puiſqu'il y a même dans le digeſte pluſieurs textes

rapportés ci-deſſus, qui leur attribuent la querelle d'inofficioſité dans les cas où le défunt ne leur a point laiſſé leur quarte légale.

C'eſt abuſer du mot *ab initio*, que d'en conclure que l'empereur Juſtinien a voulu borner ſa novelle à ceux dont la Légitime eſt due abſolument, ſans aucun rapport à la qualité des perſonnes inſtituées. Cette expreſſion ne peut s'entendre raiſonnablement que du droit ancien; &, ſuivant cette interprétation, il eſt évident que les frères ſont compris dans le paſſage cité.

A l'égard du préambule, tout ce qui peut en réſulter, c'eſt que le principal motif de Juſtinien en faiſant ſa novelle, a été d'aſſurer la ſubſiſtance des enfans; auſſi n'eſt-il queſtion que d'eux dans tout ce préambule: mais comme cela n'empêche pas que l'on n'applique les derniers termes du chapitre 1 aux père, mère & autres aſcendans, on ne doit pas non plus en inférer, que les frères ne ſont pas compris dans la même diſpoſition.

Quant à la raiſon ſur laquelle ſe fonde le Brun, ce n'eſt qu'un vain ſophiſme. Il eſt vrai, comme il l'avance & comme on l'a démontré ci-deſſus, que les frères peuvent faire caſſer pour le tout l'inſtitution des perſonnes infames appelées à leur préjudice & à leur excluſion; mais conclure de là qu'ils n'ont pas un véritable droit de Légitime dans le cas d'une pareille inſtitution, c'eſt vouloir que les enfans eux-mêmes ne puiſſent jamais l'avoir dans le ſyſtême des loix Romaines, puiſque, ſuivant ces loix, toute inſtitution faite à leur entière excluſion, eſt radicalement nulle. Parlons donc plus juſte; les frères ne ſont pas bornés à la demande d'une

ſimple Légitime, lorſque le défunt les a paſſés ſous ſilence pour inſtituer une perſonne vile ou infame, ils font annuller toute la diſpoſition, & en ce point leur condition eſt égale à celle des enfans dans le droit écrit : mais de même que dans le droit écrit il faut qu'un père laiſſe une Légitime à ſes deſcendans quand il veut les empêcher de quereller ſon teſtament, de même ſi un frère veut mettre les perſonnes infames qu'il inſtitue à l'abri des pourſuites de ſes frères, il eſt indiſpenſable qu'il laiſſe à ceux-ci une portion légitimaire, & dès qu'il le fait, ſon teſtament ne peut être attaqué du chef des héritiers qu'il a choiſis. C'eſt ce que nous avons fait voir dans la ſection précédente, §. III ; & c'eſt ce qui prouve combien peu eſt ſoutenable le raiſonnement que nous oppoſe le Brun.

Il faut donc regarder comme une vérité conſtante, que la Légitime des frères ne differe, quant à la quotité, ni de celle des enfans, ni de celle des aſcendans, & que ces trois eſpèces de parts légales, & pour ainſi dire ſacrées, doivent toujours être fixées au tiers de la portion *ab inteſtat*, quand il n'y a que quatre légitimaires, & à la moitié, quand il y en a un plus grand nombre.

Quoique juſtes admirateurs du droit Romain, nous ne pouvons diſconvenir qu'il y a dans cette fixation une injuſtice qui frappe à la première vue. Il en réſulte en effet que cinq enfans ont une Légitime plus conſidérable que quatre, puiſque les cinq ont un dixième, & que les quatre n'ont qu'un douzième : » Ce qui ſe vérifie dans » cet exemple (c'eſt le Brun qui parle), où l'on » ſuppoſe d'une part qu'un père ait laiſſé douze » mille livres de biens & quatre enfans ; car en

» ce cas chacun de ces enfans aura mille livres » pour sa Légitime, puisqu'ils ont le tiers entre » eux, c'est-à-dire, quatre onces dans les douze, » & quatre mille livres dans les douze mille. » Cependant si l'on suppose d'autre part qu'ils » sont cinq enfans, ils auront chacun douze » cent livres, car ils auront six onces entre eux » dans les douze, & six mille livres dans les » douze mille livres; ce qui étant partagé entre » eux leur produira douze cents livres chacun. » Or, il est difficile de rendre une bonne raison » pourquoi, lorsqu'il n'y a que quatre enfans, » chacun d'eux a moins pour sa Légitime, que » lorsqu'il y en a cinq; car le contraire devroit » arriver «.

Cet inconvénient a déterminé les rédacteurs de la nouvelle coutume de Paris à fixer indistinctement la quotité de la Légitime à la moitié de la portion *ab intestat*; voici les termes de cette coutume, article 298 : » La Légitime est » la moitié de telle part & portion que chacun » enfant eût eu en la succession desdits père & » mère, aïeul ou aïeule, ou autres ascendans, » si lesdits père & mère ou autres ascendans n'eus- » sent disposé par donations entre vifs ou de der- » nière volonté; sur le tout déduit les dettes & » frais funéraux «.

Les coutumes d'Orléans, article 274; de Calais, article 85; du bailliage de Saint-Omer, article 27; de la châtellenie d'Aire, article 37, renferment absolument la même disposition & presque dans les mêmes termes : l'article 49 de Chauny, porte également, que la » Légitime est » la moitié de ce qu'eût pu succéder ledit enfant » *ab intestat* «. On trouve aussi cette décision

consignée dans un règlement fait pour la ville de Nimegue, en 1686, & cité par Vandepoll.

D'autres coutumes, guidées par le même esprit, ont adopté des quotités toutes différentes, mais pareillement fixes & indépendantes du nombre des légitimaires.

Ces coutumes sont de deux sortes ; les unes diminuent la quotité réglée par la novelle 18, les autres l'augmentent.

Les premières sont Bordeaux, Montpellier & Normandie.

Voici ce que porte l'article 57 de la coutume de Bordeaux : » Si celui qui décède a père, ou » mère, ou autres ascendans, iceux père, ou mère, » ou autres ascendans succéderont au tiers, les » trois faisant le tout, desdits biens venus par » succession, pour leur Légitime : & si l'enfant » avoit frères ou sœurs, le tiers sera divisé éga- » lement entre les père, mère & les frères & sœurs » survivans «.

Cette disposition bornée, comme on le voit, à la Légitime des ascendans, la fixe invariablement au tiers, & par-là elle déroge à la novelle 18, qui la porte à la moitié lorsque les ascendans forment, soit entre eux, soit en y comprenant les frères du défunt, un nombre au dessus de quatre.

L'article 50 du statut local de Montpellier, laisse la quotité de la Légitime à l'arbitrage du testateur qui la doit, en sorte que dans cette ville le légitimaire est toujours obligé de se contenter de ce qui lui a été légué ou donné, sans pouvoir demander un supplément de Légitime.

Mais cette disposition n'a pas été long-temps exécutée à la lettre. Nous voyons dans M. May-

nard, livre 7, chapitre 17, que la jurisprudence du parlement de Toulouse l'avoit interprétée de manière que les habitans de Montpellier pouvoient ne laisser à leurs enfans que la moitié de la Légitime, mais que s'ils laissoient moins, il y avoit lieu à la demande de la Légitime entière.

L'article 52 de l'ordonnance de 1735 a fait plus ; il a entiérement abrogé le statut de Montpellier, en déclarant que la demande en supplément de Légitime auroit lieu à l'avenir *dans les pays même dans lesquels ladite demande n'a pas été admise jusqu'à présent, ou a été prohibée dans certains cas.* On pourroit cependant objecter que cet article ne parle que de ceux *à qui il aura été laissé moins que leur Légitime à titre d'institution*, qu'ainsi il ne peut pas être appliqué au statut de Montpellier, qui dispense nettement les pères & mères de la nécessité d'instituer leurs enfans dans ce qu'ils leur laissent.

Mais cette objection trouve sa réponse dans l'article 55 de la même ordonnance, qui confirme les *coutumes, statuts ou autres loix particulières observées dans quelques-uns des pays régis par le droit écrit, qui permettent expressément de laisser la Légitime à autre titre que celui d'institution*, & ordonne que *la demande en supplément de Légitime pourra être formée audit cas, ainsi qu'il est porté par l'article 52.*

Une objection plus spécieuse seroit de dire que la coutume de Montpellier fixe la Légitime des enfans à ce qui leur a été donné ou légué par leurs pères & mères ; qu'ainsi il ne peut pas être question de supplément de Légitime dans cette coutume, puisque l'ordonnance n'a point entendu

déroger aux loix particulières qui avoient diminué expreſſément la quotité déterminée par le droit commun.

Mais il n'eſt point vrai que l'article 50 du ſtatut de Montpellier règle, à proprement parler, la meſure de la Légitime, ſur celle des libéralités faites pour en tenir lieu. Cet article ſuppoſe au contraire que la Légitime de droit a lieu à Montpellier; il défend ſeulement d'en former la demande lorſque le teſtateur a laiſſé quelque choſe, *quid minimum*, à ceux qui en avoient le droit; auſſi n'a-t-on jamais douté en cette ville qu'un enfant entiérement paſſé ſous ſilence par ſon pere, ne fût très-fondé à prétendre une Légitime ſur le pied réglé par la novelle 18.

La coutume de Normandie eſt des trois que nous avons citées celle qui a fait la réduction la plus générale à la quotité ordinaire de la Légitime. On a déjà vu qu'elle ne donne aux enfans, en quelque nombre qu'ils ſoient, que le tiers des biens de leur père pour toute Légitime. » Elle n'a point été aſſez libérale, dit Baſnage, » ſur-tout lorſqu'il reſte un grand nombre d'en- » fans; mais c'étoit beaucoup faire, que d'obtenir » ce tiers, & d'adoucir la dureté de l'ancienne » coutume, qui ne leur conſervoit aucune part dans » les biens de leur père «.

Ce tiers, ſuivant l'article 402, ſe partage entre les enfans légitimaires, *ſelon la coutume des lieux où les héritages ſont aſſis, à laquelle n'eſt en rien dérogé pour le regard des partages, & ſans préjudicier au droit des aînés, & n'y pourront avoir les filles que mariage avenant.*

Ainſi, aux termes de cet article, la condition des filles par rapport à leur droit de Légitime

n'eſt pas la même lorſqu'elles ont des frères, que quand elles n'en ont pas.

Au premier cas, elles prennent le tiers coutumier en toute propriété ; au ſecond, elles n'y peuvent prétendre qu'un *mariage avenant*, c'eſt-à-dire, comme le définit Baſnage, *quelque choſe moins que le partage*, ou, pour parler plus nettement, une portion convenable & proportionnée tant à l'état de la fille qu'au montant de la ſucceſſion, & qui, ſuivant l'article 262 de la coutume, *doit être eſtimée par les parens.*

Nous ne nous étendrons pas ici ſur les queſtions relatives à cette eſtimation ; on les trouvera diſcutées à l'article MARIAGE AVENANT.

Nous venons de dire que le tiers coutumier de Normandie ſe partage entre tous les enfans, & l'on a vu plus haut qu'ils ne peuvent l'obtenir qu'en renonçant à la ſucceſſion. De là naît la queſtion de ſavoir quelle ſera la Légitime d'un enfant qui a renoncé, dans le cas où ſes freres ſe ſeront déclarés héritiers.

Cette queſtion en renferme deux ; la première, ſi pour donner ouverture au tiers coutumier il faut que tous les enfans renoncent ; la ſeconde, ſi en ſuppoſant que la renonciation de quelques-uns ſeulement ſuffiſe à leur égard, les renonçans doivent avoir tout le tiers à partager entre eux, ou s'ils n'y peuvent prendre que la portion à laquelle ils auroient été bornés, ſi tous leurs frères avoient renoncé.

L'article 411 de la coutume de Normandie avoit décidé clairement la première queſtion pour l'affirmative : *Et ne pourront les enfans accepter ledit tiers, ſi tous enſemble ne renoncent à la ſucceſſion paternelle* ; mais, dit Baſnage, » cet

» article, de la manière qu'il eſt conçu, a pro-
» duit de nouveaux inconvéniens.... Il paroiſ-
» ſoit rigoureux pour les enfans qu'ils fuſſent pri-
» vés de la grâce qui leur étoit accordée par cette
» nouvelle loi, lorſque quelques-uns d'entre eux,
» ou par malice ou par imprudence, ſe portoient
» héritiers de leur père . . . «. Cette conſidération a fait interpréter la coutume d'une manière qui, en décidant pour la négative la première des queſtions propoſées, termine en même temps la ſeconde difficulté. C'eſt ce qui paroît, continue Baſnage, par l'arrêt rapporté par Bérault: » car des enfans ayant demandé leur tiers entier
» au décret des biens de leur père, & les créan-
» ciers les en ayant fait débouter à cauſe que
» l'un des frères s'étoit rendu héritier, ſur l'appel
» de cette ſentence par les enfans, elle fut caſſée;
» mais on leur adjugea ſeulement leur portion
» au tiers coutumier qu'ils auroient eue ſi tous leurs
» frères avoient renoncé: ainſi quoique tous les
» enfans n'euſſent pas renoncé, on ne laiſſa point
» de recevoir ceux qui avoient répudié la ſuc-
» ceſſion à demander leur Légitime; mais on
» ne leur accorda que la part qui leur auroit ap-
» partenu ſi tous avoient renoncé. La même
» choſe fut jugée par arrêt du 13 décembre 1646;
» & conformément à ces arrêts par l'article 89
» du règlement de 1666, *les enfans n'ont pas*
» *le tiers entier ſi tous n'ont renoncé, mais celui*
» *qui aura renoncé aura la part audit tiers qu'il*
» *auroit eue ſi tous avoient renoncé* «.

Si les coutumes que nous venons de paſſer en revue ont diminué la quotité à laquelle Juſtinien avoit fixé la Légitime, il y en a en revanche d'autres qui l'ont augmentée.

Carvalho nous apprend qu'en Portugal la Légitime consiste dans les deux tiers, & en Castille dans les quatre quints de la succession *ab intestat*.

La coutume d'Audenarde porte, rubrique 8, article 1, que l'on ne peut donner entre vifs ni par testament *au dessus du tiers des biens, au préjudice des ascendans ou des enfans, comme aussi des frères & des sœurs, lorsque la donation seroit faite à personne infame.* C'est fixer bien clairement la Légitime aux deux tiers des biens.

Mais revenons au droit commun : quelque raisonnable que soit le motif qui a engagé certaines coutumes à déterminer la quotité de la Légitime d'une manière absolue & sans la laisser dépendre du nombre des légitimaires, il ne paroît pas avoir été senti par les rédacteurs de plusieurs autres coutumes, qui ont laissé subsister la quotité des loix Romaines.

Telle est celle de Bourgogne, qui s'exprime ainsi, chapitre 7, article 7 : » Et en cas que » par ladite disposition ou partage fût moins » laissé aux enfans que la Légitime, qui par droit » écrit leur appartient ; c'est à savoir le tiers de » ce que chacun d'eux eût reçu *ab intestat*, s'il » y a quatre enfans ou moins, ou la moitié, s'il » y en a un plus grand nombre «.

La coutume de Berry fait entendre clairement qu'elle adopte la même quotité ; voici ce qu'elle porte, titre 7, article 10 : » Pourront les père & » mère, & chacun d'eux, donner librement à l'un » ou plusieurs de leurs enfans .... en laissant la » Légitime, *telle que de droit*, aux autres «. Ces mots, *telle que de droit*, se réfèrent visiblement à la novelle 18 ; c'est la remarque de Labbé & de Brodeau sur cet article ; & l'on n'y trou-

vera aucune difficulté, si l'on fait attention que la coutume de Berry a été rédigée par M. le premier président Liset, un des plus zélés partisans du droit Romain (*).

On lit pareillement dans la coutume d'Orchies, chapitre 2, article 1 : » Toutes personnes de » franche & libre condition peuvent & leur est » permis de par testament ou autre dernière vo- » lonté, disposer, donner, légater & ordonner » de leurs héritages .... *sauf aux enfans la Lé-* » *gitime, selon droit* «. L'observation que nous venons de faire sur la coutume de Berry reçoit ici une application d'autant plus juste, que le décret d'homologation de la coutume d'Orchies veut qu'*ès cas non déclarés par* cette loi .... *l'on se règle .... selon le droit écrit commun.*

La coutume de Melun s'exprime à peu près de même : » Chacun (dit-elle article 232) peut » par donation entre vifs disposer de tous ses » biens à son plaisir à personnes capables .... » délaissée toutefois la Légitime à ses enfans, » *selon le droit* «. Brodeau a mis sur ces derniers mots une note ainsi conçue : » Donc en cette » coutume la Légitime des enfans se règle sui- » vant la disposition du droit écrit, & non con- » formément à la coutume de Paris, article 298, » quoique voisine ..... & tel est l'usage,

(*) Il faut cependant observer que cette disposition n'est pas observée dans le bailliage d'Issoudun, » où, par un » usage particulier & local, on observe l'article 298 de la » coutume de Paris, pour le réglement de la Légitime. Jugé » par l'arrêt de Montmarteau, du 23 mars 1602, & par » autre arrêt donné en la chambre de l'édit le 6 mai 1651 «. *Note de Brodeau.*

» comme

» comme j'ai appris des officiers & praticiens de » Melun «.

Il faut dire la même chose relativement à l'article 233 de la coutume de Rheims, qui ordonne aux père & mère de reserver à leurs enfans *la Legitime, selon la raison écrite.*

La coutume de Vermandois, article 52, dit également qu'un père peut avantager un de ses enfans au dessus des autres, *reservant toutefois à iceux leur Legitime, selon raison écrite;* » c'est-» à-dire, remarque Brodeau, que la Legitime, » en cette coutume & autres particulières du Ver-» mandois, se règle suivant la disposition du » droit Romain, & non suivant l'article 298 de » la coutume de Paris «. Cette assertion a été confirmée par un arrêt du 4 décembre 1640, rendu pour Ribemont, confirmatif d'une sentence du prévôt de l'endroit du 27 novembre 1638. Cette sentence, dit Brodeau, » portoit, qu'en » la coutume de la prévôté de Ribemont la » Légitime entre quatre enfans & au dessous est » la troisième partie, & entre cinq & au dessus » la moitié de ce que chacun d'iceux eût pu » prendre en tous les biens où ils pourroient suc-» céder, cessant les dispositions au contraire, » toutes charges préalablement deduites, même » les frais funéraux, ce qui seroit suivi & exé-» cuté entre les parties, nonobstant choses dites » & proposées au contraire par les appelans «.

C'est une question bien intéressante de savoir si les dispositions des coutumes que nous venons de parcourir & celle du droit Romain dont elles sont tirées, doivent être étendues aux coutumes qui n'ont point fixé la quotité de la Légitime, ou s'il faut adapter à celles-ci l'article 298 de la cou-

tume de Paris, comme la loi la plus équitable qu'il y ait en France sur cette matière.

On convient assez généralement que l'on doit suivre le premier parti dans toutes les coutumes qui renvoyent au droit Romain la décision des cas omis ou imprévus. » L'arrêt de Chabannes » l'a ainsi décidé pour la coutume de la Marche «, dit M. Roussilhe. Il en est de même, suivant le Brun, dans celles d'Auvergne & de Bourbonnois, qui *frayent presque toujours avec le droit Romain*. C'est aussi ce qu'attestent Prohet & Brodeau; l'un sur l'article 32 du titre 12 de la coutume d'Auvergne; l'autre sur l'article 219 de la coutume de Bourbonnois; voici les termes de ce dernier : » La Légitime, par l'usage constant » & notoire de la province de Bourbonnois, se » règle suivant la disposition du droit Romain, » & non suivant la coutume de Paris; j'en ai » coté un arrêt donné en cette coutume sur l'ar- » ticle 10 du titre 7 de la coutume de Berry «; & cet arrêt est du 16 mai 1651.

Un arrêt du parlement de Flandre du 7 avril 1690 a jugé la même chose dans les coutumes de Tournai & de la châtellenie de Lille, qui s'interprètent constamment par les loix Romaines. Il s'agissoit de régler la Légitime de la dame de Hauteroche dans la succession de son père. Comme elle n'avoit qu'un frère, la cour lui a adjugé le tiers de la portion qu'elle auroit eue *ab intestat*, c'est-à-dire, le sixième des meubles régis par la coutume de Tournai, le tiers du quint des fiefs de la châtellenie de Lille, & le sixième des acquêts de la même province. Cet arrêt est le vingtième du recueil de M. Dubois d'Hermanville.

Mais que faut-il décider par rapport aux coutumes où le droit Romain ne sert que de raison écrite ? Plusieurs auteurs ont pensé que l'on devoit y suivre la novelle 18, préférablement à l'article 298 de la coutume de Paris : Coquille étoit même si pénétré de cet avis, qu'il faisoit des vœux pour l'émanation d'une loi qui l'eût réformé, & Ricard l'a appuyé de deux raisons très-spécieuses. La première est que le droit Romain a été observé dans tout le royaume depuis Jules-César jusqu'au déclin de la seconde race de nos rois, & qu'on le suit encore comme raison écrite dans les cas sur lesquels nos loix sont muettes. La seconde raison est que la plupart de nos coutumes ont été rédigées avant celle de Paris ; que celle-ci est la première qui ait fixé indistinctement la Légitime à la moitié de la portion *ab intestat* ; qu'ainsi les rédacteurs des autres n'ont pu avoir sa disposition en vue, & que lorsqu'ils ont parlé de la Légitime en général, ils n'ont pu penser qu'à celle qui est déterminée par le droit civil.

Si l'on oppose à Ricard l'équité de l'article 298 de la coutume de Paris, & l'inconvénient de la novelle 18, il répond, » qu'une plus grande équité » ne suffit pas pour former une nouvelle déci- » sion, lorsqu'il y a déjà une loi établie au » contraire «.

Cette opinion a été adoptée en plusieurs occasions par le parlement de Paris : le plus ancien arrêt que l'on en connoisse est rapporté par Coquille sur l'article 7 du titre 27 de la coutume de Nivernois : » On dit (ce sont ses termes) » avoir été jugé par arrêt en la cause de Guil- » laume le Gras, que la Légitime en pays

» coutumier eſt ſelon le droit Romain : l'arrêt » eſt du lundi premier juin l'an 1545 «.

Le ſecond arrêt eſt du 20 août 1609 (*) : il a été rendu pour la coutume de Chartres.

Il y en a un troiſième du 31 mars 1618 pour les coutumes de Blois, de Valois & de Vitry-le-François ; & un quatrième du 1 avril 1620 pour celle de Senlis : celui-ci eſt rapporté par M. le Prêtre, dont le témoignage vaut ſans doute bien celui d'Auzanet, qui le cite comme ayant jugé le contraire.

Dans le temps que la cour jugeoit ainſi pour les coutumes citées, elle rendoit pour d'autres coutumes des arrêts qui annonçoient le peu de fondement & de ſtabilité de la juriſprudence défendue par Ricard. Nous voyons dans le commentaire de Vrevin ſur la coutume de Chauny, que celui du 31 mars 1618, que l'on cite ſeulement pour Blois, Valois & Vitry, a été auſſi rendu pour la coutume d'Anjou, & qu'il a fixé au tiers du tiers d'un bien ſitué en cette province, la Légitime d'une fille qui n'avoit que deux frères. Celui du premier février 1620 a pareillement jugé que la Légitime, dans les coutumes de Troyes & d'Amiens, devoit être réglée par la coutume de Paris. On peut donc dire qu'à l'époque où finiſſent les arrêts cités par Ricard, il n'y avoit encore rien de certain ſur cette queſtion.

Elle ſe renouvela en 1661 pour la coutume de Troyes ; ſon importance & la néceſſité de fixer

(*) C'eſt ainſi que Ricard date cet arrêt en ſon traité des donations ; mais ſur l'article 161 de la coutume de Senlis, il le date du 20 août 1611.

les opinions sur un objet aussi intéressant, la firent discuter avec tout l'éclat dont elle étoit susceptible ; on demanda l'avis de toutes les chambres & de l'ordre des avocats. » Les suf-» frages, dit Ricard, se sont trouvés partagés : » mais l'on a remarqué que ceux qui étoient dans » la réputation de savoir les maximes, se sont » trouvés d'avis de suivre le droit civil «. Cependant, par arrêt du 31 août 1661, il fut jugé, que la Légitime qu'il s'agissoit de liquider seroit réglée par l'article 298 de la coutume de Paris. S'il en faut croire Ricard, qui dit l'avoir appris de quelques-uns des juges, cet arrêt » a été fondé » sur ce que Me. Louis le Grand, nouveau com-» mentateur de la coutume de Troyes, atteste sur » l'article 95, n. 9, que la disposition de la cou-» tume de Paris est observée dans cette occasion » en celle de Troyes, par un commun usage, » après plusieurs jugemens rendus sur les lieux, » confirmés par arrêts «.

Cette particularité tiroit absolument l'arrêt de la thèse générale, & laissoit la question entière : mais peu de temps après, le 10 mars 1672, il en est intervenu un qui a décidé nettement & *in terminis*, qu'il falloit adapter aux coutumes muettes l'article 298 de celle de Paris. Il en est fait mention au journal du palais, tome 1, page 203 ; & nous voyons dans les notes sur Ricard, qu'il a été rendu contre les conclusions de M. l'avocat-général Bignon.

Cette circonstance fit espérer à quelques plaideurs intéressés à soutenir l'opinion de Ricard, qu'elle pourroit encore trouver des partisans dans la magistrature ; mais leurs espérances furent trompées. Voici ce que porte à ce sujet un arrêt

du 6 septembre 1674, inséré dans le journal des audiences : » Notredite cour, sans s'arrêter aux » fins de non-recevoir, pour connoître le supplé- » ment de la Légitime de René de Bueil en la » succession de Bueil premier, comte de Sancerre, » son père, réservé par l'arrêt du 6 août 1671, » à prendre par les créanciers dudit René de Bueil » sur les biens déclarés substitués au profit des en- » fans dudit René de Bueil, par ledit arrêt, or- » donne que la Légitime des enfans ès coutumes » de Poitou, Anjou, Touraine & de la Ro- » chelle, en cas de substitution faite par les aïeuls » au profit de leurs petits enfans, se réglera sui- » vant l'article 298 de la coutume de Paris, en » sorte qu'au fait particulier dont est question, » après la déduction des dettes sur tous les biens » délaissés par ledit Jean de Bueil premier, comte » de Sancerre, & situés esdites coutumes, la Lé- » time dudit René de Bueil son fils sera de la » moitié de tout ce qui restera desdits biens, tant » en meubles qu'immeubles, les dettes & frais » funéraires acquittés «.

Cet arrêt a été suivi, pour les coutumes de Poitou & de la Rochelle, de quatre autres arrêts qui en ont conservé la décision.

Le prince de Carignan avoit pris la qualité de légitimaire dans la succession de son aïeul ; il s'y trouvoit un propre situé en Poitou, dont il réclamoit les deux tiers, soit à titre de Légitime, sur le fondement de l'arrêt du 10 juin 1624, rapporté ci-dessus, section 2, §. 3, soit à titre de réserve coutumière qu'il prétendoit cumuler avec la Légitime de droit. » Par arrêt du 12 mars 1715, dit » Denisart, la Légitime du prince de Carignan » fut fixée sur le pied d'un sixième (conformément

» à la coutume de Paris), par la raison que la » princesse son aïeule avoit laissé trois enfans, » savoir, lui prince, le comte de Soissons, & la » princesse de Baden «.

L'aditionnaire de le Brun rapporte aussi cet arrêt, & ajoute : » Il y a un autre arrêt rendu en la » quatrième chambre des enquêtes, au rapport de » M. l'Epine de Grainville, qui prononce que » sur les biens délaissés par la dame Doucet *dif-* » *traction sera faite, aux termes de l'article* 298 » *de la coutume de Paris, de la Légitime apparte-* » *nante à* Jeanne-Françoise Moriceau sa fille, » *avec restitution de fruits & de revenus.* La sentence » avoit été rendue par la conservation de Poitiers » le 20 août 1747.

» Il y a, continue le même auteur, deux arrêts » semblables en coutume de la Rochelle ; l'un » du 21 janvier 1713, rendu en la deuxième » chambre des enquêtes, au rapport de M. de » Chavaudon ; l'autre, du 6 mars 1716, en la » deuxième chambre des enquêtes, au rapport de » M. Carré de Mongeron «.

Nous avons rapporté ci-dessus, section 1, un arrêt du 18 mars 1706, qui a jugé la même chose pour la coutume d'Amiens.

C'est ce qui a été pareillement décidé pour l'Artois, par l'arrêt des Coffin du 6 septembre 1752, & par un autre rendu en conséquence de celui-ci le 7 septembre 1765. Le premier ordonne que la Légitime de Me. Jean-Antoine Coffin, avocat, dans les successions de ses père & mère mariés & domiciliés à Hesdin, lui sera » donnée quant à la quotité, aux termes de l'ar- » ticle 298 de la coutume de Paris «. Le second liquide & fixe cette même Légitime à deux

quints des fiefs, moitié des quatre quints qu'il auroit pris *ab inteſtat* : & comme il avoit ſept frères, l'arrêt lui adjuge un quatorzième des biens cottiers, catteux, effets mobiliers & dettes actives.

La raiſon de cette juriſprudence eſt que la quotité déterminée par la coutume de Paris remplit plus exactement l'objet de la Légitime que celle qui eſt fixée par la novelle 18, & n'entraîne pas le même inconvénient.

Inutilement objecte-t-on avec Ricard que la ſeule équité n'eſt pas un motif ſuffiſant pour nous faire abandonner une loi poſitive ; une réponſe victorieuſe écarte cette objection ; c'eſt que dans les coutumes dont il s'agit la novelle 18 n'a jamais eu force de loi, & que ſi elle y a quelquefois été conſidérée, ce n'a été que comme raiſon écrite ; ce qui n'empêche pas qu'on ne puiſſe toujours la faire céder à de ſimples principes de juſtice & d'équité.

Pour mettre cette réponſe dans tout ſon jour, il faut diſtinguer trois temps différens, ou plutôt, s'il eſt permis de parler ainſi, trois âges dans notre juriſprudence ; le premier, avant la rédaction de nos coutumes ; le ſecond, depuis cette rédaction juſqu'à l'arrêt de 1672 ; le troiſième, depuis cet arrêt juſques à préſent.

Dans le premier temps, nos uſages étant fort obſcurs, fort équivoques & peu développés, le droit Romain leur ſervoit d'interprétation, & ſuppléoit à leur ſilence. C'eſt alors que Bouteiller écrivoit en ſa ſomme rurale, que la novelle 18 ſervoit de règle générale en France pour la quotité de la Légitime.

Dans le ſecond temps, la juriſprudence com-

mença à prendre une face nouvelle ; les coutumes ayant été réformées par les plus habiles juriſconſultes & les magiſtrats les plus expérimentés, furent regardées comme un corps de loix municipales, & prirent le deſſus ; mais les arrêts jugeoient tantôt en faveur du droit Romain, tantôt en faveur des coutumes. Tout étoit incertain, & ce n'eſt que dans le troiſième temps que l'on peut dire que la juriſprudence a été certaine.

Ce troiſième temps a commencé par le célèbre arrêt du 10 mars 1672, qui jugea que la coutume de Paris devoit prévaloir ſur le droit Romain, pour régler la quotité de la Légitime dans les coutumes muettes, parce que le droit Romain n'eſt point parmi nous une loi, mais une ſimple raiſon écrite, & que les coutumes au contraire forment notre droit commun. Celle de Paris, comme la principale du royaume, mérite ſans doute la préférence ſur les autres ; on ne peut d'ailleurs diſconvenir qu'elle ne ſoit la mieux rédigée, & que les articles qui y ont été ajoutés lors de la dernière réformation, n'aient été tirés des arrêts antérieurs, dont les motifs ont partout le même poids & la même autorité.

Quelque conſtante que ſoit aujourd'hui la juriſprudence que nous venons d'expoſer, elle n'a lieu que dans les endroits où il ne s'en trouve point une contraire bien établie ; comme elle tire toute ſa force de l'uſage, il eſt clair qu'elle peut être détruite par un uſage tout différent. Il ne faut donc pas s'étonner ſi le parlement de Paris a encore jugé le 21 août 1742, au rapport de M. Coſte de Champeron, que dans la coutume de Ponthieu qui n'admet qu'un ſeul héritier en ligne directe, lors même qu'il y a pluſieurs en-

fans, la Légitime de droit de celui qui eſt appelé *ab inteſtat*, conſiſte dans le tiers de tous les biens. Cet arrêt n'a été rendu que ſur les preuves les plus poſitives de l'uſage du Ponthieu ſur cette matière : on en rapportoit deux actes de notoriété délivrés les 26 juin & 14 juillet 1724 ; le premier, par l'ordre des avocats de la ſénéchauſſée d'Abbeville ; le ſecond, par les officiers du même ſiége. On citoit, outre cela : 1°. une ſentence du 18 avril 1690, qui avoit jugé de même : 2°. un arrêt du 7 ſeptembre 1668, qui, ſuivant Maillart, avoit » fixé au tiers la Légitime de » l'aîné ſur les propres de Ponthieu, & à la » moitié celle ſur les effets mobiliers « ; différence qui venoit ſans doute de ce que, dans l'eſpèce de l'arrêt, la ſucceſſion mobilière n'étoit pas ouverte en Ponthieu : 3°. l'arrêt du 22 juillet 1698, rapporté ci-deſſus, qui » ordonne, à l'é- » gard des biens ſitués en Ponthieu, qu'il en ſera » donné (au ſieur Dauvillers, légitimaire) le » tiers dès à préſent pour le droit de Légitime » dans leſdits biens ; & pour régler ſi elle ſera » portée juſqu'à la moitié de la portion héréditaire que ledit Dauvillers auroit eue *ab inteſtat*, » ordonne que les parties rapporteront... des actes » de notoriété . . . . «.

Ce ſont ces monumens de l'uſage du Ponthieu ſur la quotité de la Légitime, qui ont ſervi de motif à l'arrêt du 21 août 1742 ; on oppoſoit à la vérité celui du premier février 1620, qui avoit étendu à cette province l'article 298 de la coutume de Paris ; mais on a régardé cette déciſion comme rendue ſur la thèſe générale, plutôt que ſur l'uſage particulier du Ponthieu, & conſéquemment comme le fruit d'une erreur de fait.

Dès que l'on connoît les maximes & les usages de chaque pays touchant la quotité de la Légitime, il est facile de la déterminer par rapport à une succession composée de biens situés en différentes provinces. La Légitime est un droit réel, & les loix qui la déferent ou qui la règlent sont des statuts réels, dans le vrai sens de ce terme. Ainsi ce n'est ni à la loi du domicile du défunt, ni à celle de la naissance des légitimaires que l'on doit s'arrêter pour cet objet; mais il faut considérer chaque coutume en particulier, &, sans faire attention aux autres, distraire des biens qu'elle régit, la portion légitimaire qu'elle a fixée.

Il y a dans Papon un arrêt qui nous apprend que cette vérité si simple a autrefois été combattue en justice, mais sans succès : » le 3 février 1541, fut décidé par arrêt (au rapport de » M. DE L'HOPITAL), que si le testateur demeurant en pays de droit écrit, & ayant biens en » plusieurs provinces tant coutumières, que de » droit écrit, par le testament institue l'un de ses » enfans héritier universel, les autres prendront » leur droit de Légitime & portions, telle que » la disposition de chacun pays où les biens seront » situés porte, soit de droit ou de coutume; » savoir ès pays de droit écrit selon la computation de l'authentique *novissima* (ou novelle 18), » & ès autres pays tout ainsi que la coutume » l'ordonne «.

Cette décision se justifie assez d'elle-même. Cependant si l'on étoit amateur de la voir appuyée d'autorités étrangères, on pourroit consulter les arrêts des 31 mars 1618, premier février 1620 & 22 juillet 1698; ils sont tous trois très-précis & très-formels sur la réalité du statut

de la Légitime ; le premier eſt rapporté par Vrevin ; le ſecond par Auzanet ; le troiſième eſt tranſcrit ci-deſſus, ſection 1. Le parlement de Toulouſe en a rendu un ſemblable, que l'on trouve dans M. Maynard, livre 7, chapitre 17.

SECTION SEPTIÈME.

Peut-on diminuer ou charger la Légitime ?

Cette queſtion peut être conſidérée ſous trois faces ; ſavoir, par rapport aux légitimaires, par rapport à ceux à la puiſſance deſquels ils ſont aſſujettis, & par rapport à leurs créanciers.

§. I. *Peut-on diminuer ou charger la Légitime au préjudice de ceux à qui elle eſt due ?*

Les loix, ſuivant en cela l'eſprit de la nature, conſidèrent la Légitime comme un bien propre à ceux qui ont droit de la demander ; & par une conſéquence néceſſaire de la règle *nemo rei alienæ legem dicere poteſt*, elles défendent aux perſonnes ſur la ſucceſſion deſquelles elle doit être priſe, de la diminuer par quelque diſpoſition que ce ſoit, de la faire dépendre de l'évènement d'une condition, de la retarder par l'attente d'un jour certain, ou de la grever d'aucune charge. Tout cela eſt établi clairement par la loi 32, C. *de inofficioſo teſtamento* (*), une des conſtitutions que

(*) Quoniam in prioribus ſanctionibus illud ſtatuimus, ut ſi quid minùs legitimâ portione his derelictum ſit, qui ex antiquis legibus de inofficioſo teſtamento actionem movere

Justinien a faites pour porter la Légitime au degré de faveur où nous la voyons aujourd'hui.

La défense de diminuer la Légitime emporte nécessairement celle d'en changer la quotité par le choix que les père & mère feroient en se mariant d'une certaine coutume pour la régler, à l'exclusion de toute autre. C'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante.

Les sieur & dame de Nérac s'étoient fait par leur contrat de mariage une donation mutuelle & universelle de la propriété de leurs biens, en cas qu'ils n'eussent point d'enfans, & de l'usufruit seulement, en cas qu'ils en eussent. Ils avoient stipulé qu'en ce dernier cas la Légitime des enfans seroit prélevée & réglée par le droit écrit, quoique les biens fussent situés dans la coutume de Paris. La dame de Nérac mourut la première, & laissa un fils qui décéda quatre ans & demi après elle. Le sieur de Nérac prétendit alors avoir l'usufruit de tous les biens de sa femme, déduction faite d'un tiers seulement pour la Légitime de son fils, conformément à la novelle 18. De leur côté, les héritiers de l'enfant soutinrent que la Légitime devoit être réglée par la coutume de Paris, & que par conséquent la déduction

---

poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur : hoc in præsenti addendum esse censemus, ut si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliquâ dispositione moram, vel modum, vel aliud gravamen introducente, eorum jura qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio, vel alia dispositio moram vel quodcumque onus introducens, tollatur, & ita res procedat, quasi nihil eorum testamento aditum esset.

offerte par le ſieur de Nérac devoit comprendre la moitié des biens. Comme il n'eſt point permis, diſoient-ils, de priver un enfant de ſa Légitime, ſans juſte raiſon, on ne peut pas non plus retrancher celle que lui donne la loi de la ſituation des biens qui y ſont ſujets; on peut à la vérité par contrats de mariage déroger aux diſpoſitions purement poſitives des loix & des coutumes, mais il n'en eſt pas de même des diſpoſitions prohibitives, elles ne ſont pas moins à l'abri des ſtipulations faites par contrat de mariage, que de celles qui ſont faites par tout autre acte, & cela doit ſur-tout avoir lieu par rapport à la Légitime qui eſt un droit ſacré. Quand on dit que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de clauſes, il en faut excepter avec tous les auteurs celles qui ſont contraires aux bonnes mœurs, au droit public & aux loix prohibitives.

Sur ces raiſons, le ſieur de Nérac a été condamné à reſtreindre ſon uſufruit univerſel à la moitié des biens, & à abandonner l'autre moitié aux héritiers de ſon fils pour la Légitime de celui-ci, conformément à la coutume de la ſituation. Le ſieur de Nérac a interjeté appel de cette ſentence; mais elle a été confirmée par arrêt du 3 juin 1755, ſur les concluſions de M. l'avocat général Joly de Fleury.

On voit par cet arrêt que la faveur même des contrats de mariage ne peut ſervir de prétexte pour préjudicier à la Légitime : mais ſi cette faveur étoit jointe à la haine que témoignent les loix pour les ſecondes noces, ne pourroit-elle pas autoriſer une ſtipulation contraire aux diſpoſitions de la loi du code rapportée ci-devant, ou,

ce qui eſt la même choſe, ne peut-on pas convenir par le contrat d'un ſecond mariage, que les enfans qui en naîtront n'auront qu'une certaine ſomme ou une certaine part pour tout droit de Légitime? On peut dire pour l'affirmative, que ſans cette convention le ſurvivant ne ſe ſeroit pas remarié; qu'elle forme la condition *ſine quâ non* de la naiſſance des enfans du ſecond lit; que lui étant redevables de la vie, le premier de tous les biens, ils ne ſont point recevables à la critiquer, ſous prétexte qu'elle leur ôte une foible portion du patrimoine de leur père; qu'en un mot il n'eſt pas permis de diviſer une clauſe contractuelle, & que ſi l'on en recueille le profit, on doit en ſupporter les charges. Cette opinion eſt même appuyée ſur une déciſion expreſſe des *uſages des fiefs*, titre *de matrimonio ad morganiticam contracto*. Un homme avoit un fils d'une femme noble; devenu veuf, il en épouſa une ſeconde moins noble, mais à condition qu'elle & ſes enfans n'auroient d'autre part en ſa ſucceſſion que celle qu'il leur aſſignoit par le contrat de mariage, comme dix livres, ou ce qu'il avoit donné pour préſent de noces. Cet homme étant mort & ayant laiſſé des enfans de cette femme, il fut décidé qu'ils ne ſuccéderoient point aux aleux de leur père avec leur frère du premier lit, & qu'ils ne prendroient même rien dans les fiefs, quoique ce dernier fût décédé avant le père commun.

» Mais, dit le Brun, nous nous attachons à » un droit plus équitable & plus important que les » uſages des fiefs; car la loi naturelle & la loi » civile ayant accordé & réglé la Légitime des » enfans, & le public ayant intérêt que cette por-

» tion qui leur a été réglée leur ſoit conſervée ;
» il ſemble qu'il n'eſt jamais permis d'y déroger ;
» & la circonſtance d'un ſecond mariage ne doit
» point faire changer cette déciſion, puiſque ce
» ſeroit étendre les loix *fœminæ* & *hac edictali*,
» & l'édit des ſecondes noces, qui ſont des loix
» pénales qui ne peuvent recevoir aucune ex-
» tenſion. Auſſi il faut conſidérer que ce titre *de*
» *filiis natis ex matrimonio ad morganiticam con-*
» *tractu*, eſt fait principalement pour la ſucceſſion
» des fiefs, & que l'on ne pouvoit réduire de
» cette manière la Légitime des enfans d'un ſe-
» cond mariage dans les autres biens, ſinon lorſ-
» qu'il y avoit des enfans d'un premier mariage
» & en leur faveur ſeulement. C'eſt ce qui eſt
» remarqué par M. Cujas . . . . . d'ailleurs cet
» uſage n'avoit lieu qu'en cas que le père deſ-
» cendît à un ſecond mariage peu ſortable. . . .
» Enfin nos anciens auteurs nous ont marqué
» ſpécialement que ce titre n'étoit point en uſage
» parmi nous, & entre autres Eguinarius Baro,
» qui dit ſur ce titre : *hic mos juri communi,*
» *juxtà ac moribus Franciæ, contrarius eſt* «.

Les raiſons de douter que nous avons expoſées ne portent aucune atteinte à ce ſentiment. La Légitime n'a été introduite que pour ſervir de frein aux libéralités de ceux qui doivent quelque choſe à leurs héritiers ; elle ſe prend toujours contre la volonté des pères, & ce ſeroit l'abolir que de permettre à ceux-ci de la diminuer ou de la défendre. On peut même en cette matière diviſer les diſpoſitions d'un défunt, prendre ce qu'elles ont de favorable pour le légitimaire, & en retrancher ce qu'elles renferment de préjudiciable à ſes droits. La loi *ſcimus*, 36, C. *de inofficioſo*

inofficioso teſtamento, qui ſera développée dans la ſuite de cet article, le décide expreſſément ainſi : d'ailleurs, comme l'obſerve fort judicieuſement le Brun, » la dérogation même à la » Légitime qui regarde ou d'autres enfans, ou » des héritiers collatéraux, ou des donataires, ſe» roit un avantage ſujet au retranchement de la » Légitime, comme l'on dit en matière de rap» port (dans les coutumes d'égalité), que la pro» hibition du rapport eſt un avantage ſujet au » rapport «.

Enfin l'opinion que nous ſoutenons a été conſacrée formellement par un arrêt prononcé en robes rouges le 1 juin 1629, rapporté au journal des audiences. » C'étoit, dit Dufreſne, en l'eſpèce » d'un apothicaire de cette ville de Paris, lequel » ayant des enfans de ſon premier mariage, étoit » paſſé en ſecondes noces, & avoit épouſé ſa » ſervante, & ſtipulé dans le contrat que les en» fans qui en ſeroient procréés n'auroient qu'une » certaine portion en la communauté «.

Brodeau cite le même arrêt, comme ayant jugé qu'un père qui a des enfans d'un premier lit ne peut pas préjudicier, par le contrat d'un ſecond mariage, à la Légitime des enfans naturels dont il purifie la naiſſance en épouſant leur mère ; & quoique Dufreſne ne diſe pas que l'apothicaire dont il parle eût eu des enfans de ſa ſervante avant de l'épouſer, on peut croire, d'après Brodeau, que l'arrêt a été rendu dans cette circonſtance ; c'eſt même ce que l'on voit clairement dans Bardet, tome 1, livre 3, chapitre 52. Au reſte, la queſtion ne peut ſouffrir aucune difficulté ; les bâtards légitimés par mariage ſubſéquent ont les mêmes droits que les enfans nés Légitimes : on

ne peut donc ni ôter ni diminuer aux uns la portion que les loix défendent expreſſément d'ôter ou de diminuer aux autres ; & c'eſt ſur ce fondement qu'il a été jugé par arrêts des 14 août 1565, 6 ſeptembre 1567 & 9 août 1639, que la légitimation par mariage ſubſéquent donne le droit aux enfans naturels de demander après la mort de leur père le ſupplément de ce qui manque aux donations qu'il leur a faites de ſon vivant, pour compléter leur Légitime.

Nous avons dit que la Légitime ne doit ni dépendre d'une condition incertaine, ni être retardée par l'attente d'un jour certain. M. le préſident Favre demande à ce ſujet ſi un légitimaire ayant reconnu & accepté le legs que le défunt lui a laiſſé pour lui tenir lieu de Légitime, peut, avant que l'eſtimation des biens ne ſoit faite, demander que la condition & le terme appoſés par le teſtateur à ce legs ſoient rejetés & regardés comme non écrits. Ce magiſtrat décide pour la négative, d'après un arrêt du ſénat de Chambéry du 22 janvier 1594. Sa raiſon eſt que l'on ne peut pas ſavoir avant l'eſtimation ſi le legs excède ou non la Légitime ; qu'à la vérité après l'eſtimation les charges impoſées par le teſtateur n'affecteront plus que l'excédent du legs ſur la Légitime, mais qu'en attendant elles doivent affecter le tout à cauſe de l'incertitude. On peut ajouter que ces charges en pareil cas ne font que repréſenter l'effet du retardement qu'apporte toujours la néceſſité de l'eſtimation préalable ; que ce retardement n'eſt point compris dans la défenſe de ſuſpendre le payement de la Légitime par l'appoſition de quelque terme ou de quelque condition ; que par conſéquent les charges dont il [illegible] pas non plus être regardées comme [illegible] à cette défenſe.

Cependant, comme le retard occasionné par le temps qu'il faut pour l'estimation n'empêche pas le légitimaire de demander une provision quelconque, nous serions d'avis de lui en donner également une dans l'espèce proposée par M. Favre. Ce parti est le plus conforme à l'équité, & il concilie, autant qu'il est possible, la loi qui ordonne de payer la Légitime sur le champ, avec les obstacles physiques qui retardent nécessairement ce payement.

La prohibition de grever la Légitime de quelque charge que ce soit, emporte naturellement celle de la fidéicommisser. Mais on demande si le défaut de réclamation de la part du légitimaire grevé de substitution, forme contre lui ou ses héritiers une fin de non recevoir capable de faire subsister la charge imposée par le défunt.

Denizart distingue si le légitimaire a ignoré l'acte qui substituoit sa Légitime, ou s'il en a eu connoissance. Au premier cas, cet auteur lui accorde ou à ses héritiers le droit de former une demande en distraction; & » cela a été ainsi jugé, » dit-il, par sentence du châtelet du 27 août » 1740, confirmée par arrêt du 23 février 1741, » rendu sur les conclusions de M. l'avocat-général » Joly de Fleury «. Mais au second cas, le légitimaire, suivant Denizart, n'est point recevable à réclamer, *attendu l'exécution, parce qu'il lui est très-permis de renoncer à son droit, & d'exécuter pleinement le testament qui l'en privoit.* Cette doctrine seroit incontestable dans l'espèce d'une renonciation formelle, mais nous parlons d'un légitimaire qui ne fait que garder le silence, & il est certain, comme on l'a prouvé ci-devant, section 5, §. 3, que l'on n'admet pas de renon-

ciation tacite en matière de Légitime. Auſſi trouvons-nous dans les déciſions de M. Stockmans un arrêt du conſeil ſouverain de Brabant du 14 juillet 1645, qui a accordé à un fils la diſtraction de ſa Légitime, quoiqu'il eût exécuté le teſtament qui la chargeoit de ſubſtitution. Le parlement de Flandres a jugé deux fois la même choſe en faveur des repréſentans d'un légitimaire décédé; la première par arrêt du 24.... 1690, rapporté par M. de Baralle; la ſeconde par arrêt du 8 août 1729, dont nous retracerons l'eſpèce ci-après.

C'eſt une queſtion ſi la défenſe de ſubſtituer la Légitime doit avoir lieu quand la ſubſtitution eſt réciproque entre deux ou pluſieurs légitimaires. Il y a de fortes raiſons & beaucoup d'autorités pour & contre. D'un côté, Azon, Cujas, Vaſquius, Dumoulin, Godefroy, Paul de Caſtres, Henrys, Duperrier, ſoutiennent la validité de la ſubſtitution: ſa réciprocité, diſent-ils, ne permet pas de la regarder comme une charge; l'incertitude du profit ou de la perte eſt égale entre tous les enfans; chacun d'eux peut ſurvivre aux autres & gagner leur Légitime, comme il peut perdre la ſienne en mourant avant eux: d'ailleurs la loi 12, C. *de inofficioſo teſtamento*, qui eſt de l'empereur Alexandre, décide nettement cette queſtion, en déclarant qu'il ne peut point y avoir lieu en pareil cas à la plainte d'inofficioſité; & qu'on ne diſe pas que cette loi a été abrogée par les conſtitutions de Juſtinien qui ont affranchi la Légitime de toutes charges, car il faudroit pour cela que les ſubſtitutions réciproques fuſſent onéreuſes aux légitimaires, & il eſt certain qu'elles ne le ſont pas. Ainſi la raiſon qui permet encore

aujourd'hui de substituer pupillairement la Légitime d'un fils non émancipé, nonobstant les loix de Justinien, doit pareillement autoriser un père à fidéicommisser réciproquement cette portion.

D'un autre côté, toutes les cours souveraines jugent constamment qu'il n'est pas plus permis de comprendre la Légitime dans une substitution réciproque, que dans une substitution simple. M. Bouguier en rapporte deux arrêts du parlement de Paris des 20 juin 1621 & 7 juillet 1627 : il y en a un semblable dans M. de Catelan, rendu au parlement de Toulouse en juin 1692. La Peyrere, lettre T, n. 44, atteste que telle est aussi la jurisprudence du parlement de Bordeaux ; celui d'Aix a jugé de même par arrêt du 14 mai 1725, rapporté dans Bonnet, lettre L, n. 5 ; celui de Dole par arrêt du 16 mars 1607, inséré dans le recueil de M. Grivel, décision 134 ; & celui de Douai, par arrêt du 17 juin 1671, rapporté par M. Pollet.

On prétend néanmoins que cette jurisprudence est contraire aux principes, & que l'on ne peut la justifier que par l'usage. » On a voulu, dit » M. de Catelan, gauchir & raisonner moins » juste en faveur de la Légitime, qui se trouve, » dans le cas dont il s'agit, blessée & grevée par » l'évènement, si elle ne l'est pas dans la disposition du père. Une apparence contraire dans la » loi 31 à la loi 12, C. *de inofficioso testamento*, » une note échappée au glossateur, tout a été » bon pour ne pas assujettir un droit que donne » la nature, suivant laquelle tout est libre «. Bretonnier tient à peu près le même langage ; mais il est aisé de faire voir que l'usage & la jurisprudence, loin de s'écarter en cela des prin-

cipes du droit Romain, n'ont fait au contraire que s'y conformer.

La loi 12, C. *de inofficioso testamento*, ne décide pas, comme l'ont pensé certains auteurs, que la substitution réciproque n'est point une charge pour les légitimaires (*), mais que cette charge étant compensée par l'espérance de recueillir deux ou plusieurs Légitimes, au lieu d'une, suffit pour empêcher la querelle d'inofficiosité. Cette décision se ressent du temps où elle a été publiée. Avant l'empereur Justinien, on ne doutoit pas qu'il ne fût permis à un testateur de compenser, de quelque manière que ce fût, ce qu'il retranchoit de la Légitime; & lorsqu'il l'avoit fait avec une juste proportion, son testament étoit confirmé : la loi 8, §. 11, D. *de inofficioso testamento*, nous en donne la preuve & l'exemple; c'est ce qu'on trouvera ci-après, section 8, §. 3. D'après cela, comment ne pas appercevoir que la décision de l'empereur Alexandre a été abrogée par Justinien ? D'adord la loi 31, C. *de inofficioso testamento*, veut que la Légitime soit laissée quitte & franche de toutes conditions : or une substitution réciproque est certainement une condition qui rend la propriété du légitimaire incertaine; cette substitution est donc proscrite par ce texte. En second lieu, la loi 36 du même titre

(*) Eh! comment pourroit-elle adopter un pareil paradoxe ? La substitution, quelle qu'elle soit, est toujours onéreuse à ceux qui en sont chargés; elle diminue, elle enlève presque la propriété des biens substitués; elle dépouille le grevé du droit flatteur de disposer en maître de ses biens, & il y a dans la vie une foule de circonstances où rien ne peut consoler de la privation de ce droit.

veut que la Légitime soit payée en corps héréditaires, *ex substantiâ patris ;* qu'un simple usufruit ne puisse jamais en tenir lieu, & qu'il ne soit pas permis à un testateur d'obliger le légitimaire d'imputer dans cette portion le profit d'une substitution dont il lui assure l'expectative : on ne peut donc plus dire, comme au temps de l'empereur Alexandre, que les légitimaires dont la portion est substituée réciproquement, sont dédommagés de cette charge par l'espérance d'un profit plus considérable, & par conséquent la décision de ce législateur doit être regardée comme abrogée.

On oppose l'exemple de la substitution pupillaire ; mais c'est sans fondement : M. de Catelan en convient lui-même. » Il y a bien à dire (ce » sont ses termes) du cas de la substitution pu» pillaire au cas de la substitution réciproque. La » première, bien loin de pouvoir ni en elle-même » ni par l'évènement passer pour une substitution » onéreuse au fils, bien loin de le priver de la li» berté de disposer de sa Légitime, est regardée » au contraire comme le testament & la disposi» tion du fils, que fait pour lui la piété & la pro» vidence paternelle dans un âge où il ne peut » disposer lui-même. Il n'en faut pas dire davan» tage, il est trop aisé de sentir la différence «. Voyez ci-devant, section 5, §. 4.

Il y a cependant un cas où l'on peut substituer la Légitime, par une espèce d'exhérédation que l'on appelle officieuse. Lorsqu'un père a le malheur d'avoir un fils prodigue, dit la loi 16, §. 2, D. *de curatoribus ;* lorsqu'il voit que ses biens seront dissipés, s'il lui en laisse la libre disposition, il peut le déshériter en faveur de ses

petits-enfans ; & pourvu qu'il lui laiſſe des alimens, il a ſatisfait à tout ce que demande de lui & la voix de la nature & la prévoyance paternelle.

M. Dagueſſeau fait là-deſſus une réflexion remarquable : » Si cette loi (dit-il en ſon quatrième plaidoyer) n'avoit point été reçue en ce » royaume ; ſi l'uſage ne l'avoit point autoriſée, » ſi les arrêts ne l'avoient point adoptée en quelque manière, il ne ſeroit peut-être pas difficile » de faire voir que cette diſpoſition ayant été » faite dans un temps où les fruits s'imputoient » ſur la Légitime, où un père pouvoit déshériter » ſes enfans ſans aucune des cauſes marquées par » la loi, elle a perdu toute ſa force & ſon autorité par les loix poſtérieures qui ont attribué » de nouveaux priviléges à la Légitime. On pourroit croire qu'elle a été abrogée par les diſpoſitions du code & par les novelles de Juſtinien ; » mais ce doute ſeroit contraire à l'autorité de » vos jugemens, qui ont cru que le conſeil du » juriſconſulte dans cette loi étoit un conſeil ſalutaire, un frein qu'on pouvoit oppoſer à la » diſſipation & à la prodigalité des enfans, un » remède néceſſaire pour conſerver les biens dans » les familles «.

M. la Forêt a retracé au mot EXHÉRÉDATION, les circonſtances & les conditions néceſſaires pour autoriſer une ſubſtitution de cette eſpèce.

On a quelquefois voulu aſſimiler en cette matière l'enfant imbécille ou furieux, à l'enfant diſſipateur & débauché ; mais cette prétention a été condamnée par trois arrêts du parlement de Paris, cités dans la collection de juriſprudence ; l'un, du 18 janvier 1656, rendu ſur les concluſions de M. Talon ; l'autre, du 11 juillet 1739, intervenu

au rapport de M. l'abbé Langlois ; le troisième, du 23 février 1741, donné sur les conclusions de M. Joly de Fleury. Ces décisions souffrent d'ailleurs d'autant moins de difficulté, qu'elles sont absolument conformes à la loi 9, C. *de impuberum & aliis substitutionibus.*

§. II. *Peut-on diminuer ou charger la Légitime au préjudice de ceux à la puissance desquels les légitimaires sont soumis ?*

Chez les Romains il n'y avoit dans l'ordre des légitimaires que les fils de famille qui fussent en puissance d'autrui ; lorsque leurs ascendans maternels venoient à mourir, la Légitime qu'ils en héritoient tomboit dans l'usufruit que leur père avoit de tous leurs biens adventices.

Parmi nous, la femme est soumise à son mari, à peu près comme les enfans l'étoient à leurs pères chez les Romains ; & l'usufruit des Légitimes qui lui échoient appartient à son mari, comme chef de la communauté qui existe entre lui & elle.

Voyons donc, 1°. si une mère peut déroger au droit d'usufruit que la loi donne au père sur la Légitime qu'elle est obligée de laisser à ses enfans non émancipés : 2°. si des parens quelconques peuvent stipuler que la Légitime qu'ils laissent à une femme mariée n'entrera point en communauté.

Sur la première question, on dit contre le père, que l'authentique *excipitur*, au code *de bonis quæ liberis*, permet formellement à la mère & aux aïeuls maternels de déclarer par leurs testamens que le père n'aura point l'usufruit des biens qu'ils laissent aux enfans qu'il a sous sa puissance ; qu'une pareille clause est à la vérité une charge

pour la Légitime, mais que cette charge eſt avantageuſe aux légitimaires, & que par conſéquent elle doit être reſpectée; qu'enfin telle eſt l'opinion de la gloſe, d'Accurſe, de Vaſquius, &c.

On dit au contraire en faveur du père, que l'authentique *excipitur* n'eſt qu'un extrait informe de la novelle 117; qu'ainſi on doit l'interpréter par cette loi qui réſerve expreſſément au père l'uſufruit de la Légitime de ſes enfans, nonobſtant toutes les diſpoſitions que peuvent faire les aſcendans maternels pour l'en priver; que cette opinion eſt ſoutenue par Bartole, Paul de Caſtres, Cujas, M. Boyer, & qu'elle a été adoptée par un arrêt du parlement de Bordeaux du 3 août 1523, cité dans le recueil de Papon, & par deux autres du parlement de Toulouſe, des 7 février 1642 & 1688, rapportés par MM. d'Olive & de Catelan.

Ce ſentiment eſt ſans contredit préférable à l'autre; il ne faut pour en ſentir la juſteſſe que peſer les termes de la novelle 117. Elle porte, *licentiam eſſe & matri & aviæ aliiſque parentibus, POSTQUAM RELIQUERINT FILIIS PARTEM QUÆ LEGE DEBETUR, quod reliquum eſt ſuæ ſubſtantiæ, ſive in ſolidum, ſive in partem, filio vel filiæ, nepoti vel neptiʒ, ac deinceps deſcendentibus donare aut etiam per ultimam relinquere voluntatem, ſub hâc definitione atque conditione, ſi voluerint, ut pater aut qui omninò eos habent in poteſtate, in his rebus neque uſumfructum, neque quodlibet penitùs habeant participium.* Cette loi fait entendre très-clairement que les aſcendans maternels ne peuvent ôter au père l'uſufruit de la Légitime, puiſqu'elle leur permet ſeulement de lui prohiber l'uſufruit de ce qu'ils

lui laissent au dessus de cette portion : » Car, » dit M. de Catelan, c'est sur cet excédent que » tombe la décision, lorsqu'elle dit : *In his rebus* » *neque usumfructum, neque quodlibet habeant* » *participium* : ces mots *in his rebus*, ne s'ap- » pliquant naturellement qu'aux choses données » ou laissées, *postquàm reliquerint filiis partem* » *quæ lege debetur*. La raison de la décision con- » firme tout-à-fait cette manière de l'entendre : » *hoc enim poterant*, poursuit cette novelle, *ex-* » *traneis relinquere*, *undè nulla parentibus utilitas* » *nesceretur* ; cette raison qui ne se rapporte » qu'à l'excédent de la Légitime, & ne peut se » rapporter en nulle manière à la Légitime même, » laquelle ne peut être donnée à des étrangers, » semble faire voir assez clairement que la déci- » sion qui donne la liberté de prohiber l'usufruit » au père, ne renferme que l'excédent de la Légi- » time, & que la Légitime en est par conséquent » exclusé «.

Ces raisons tendent également à faire voir que l'on ne peut, en laissant la Légitime à une femme mariée, empêcher que cette portion n'entre en communauté. Cela est même d'autant plus juste, que le mari, en épousant sa femme, a dû compter sur sa Légitime comme sur un bien certain, &, pour ainsi dire, présent. Le Brun dit cependant avoir fait juger le contraire par arrêt du 6 septembre 1678 ; mais un arrêt isolé peut-il l'emporter sur des principes qui ne paroissent pas avoir été invoqués par ceux contre lesquels il a été rendu ?

§. III. *Peut-on diminuer ou charger la Légitime au préjudice des créanciers du légitimaire ?*

L'affirmative ne souffre aucune difficulté, lorsque le légitimaire lui-même peut être valablement privé de sa Légitime, soit en tout, soit en partie. Ainsi, dans le cas de l'exhérédation officieuse expliqué ci-devant, §. 3 de cette section, on ne doute plus aujourd'hui que les créanciers ne soient mal fondés à demander la distraction de la Légitime de leur débiteur. M. la Forêt a rapporté au mot EXHÉRÉDATION, un arrêt du 4 septembre 1760, qui l'a ainsi jugé sur les conclusions de M. de Saint-Fargeau ; nous en ajouterons ici quatre autres qui ont décidé la même chose : le premier est du mois de décembre 1567 ; il en est fait mention dans Duval & Robert ; le second a été rendu le 31 août 1618, sur les conclusions de M. Servin, il est rapporté par Bardet ; le troisième est intervenu le 17 août 1666, sur les conclusions de M. Talon ; on le trouve au journal des audiences dans l'ordre de sa date ; le quatrième est du 23 mars 1760 ; Denizart dit qu'il a été donné au rapport de M. l'abbé Terray, & qu'il a » débouté les créanciers des enfans du sieur Bru» not, secrétaire du roi, de leur demande en dis» traction de la Légitime de leurs débiteurs, » quoique leurs créances fussent antérieures à la » substitution «.

Mais lorsque le légitimaire n'est pas exclu justement de la portion que la nature & la loi lui donnent, ses créanciers peuvent en demander la distraction libre & entière. On a même vu plus haut, section 3, §. 5, que la jurisprudence Fran-

çoise ne permet pas à leur débiteur de les priver de ce droit, par la renonciation qu'il y feroit lui-même. Aussi n'a-t-on jamais fait la moindre difficulté de recevoir leur réclamation, lorsque le légitimaire l'approuvoit expressément, ou au moins par son silence. Brodeau en rapporte deux arrêts des 9 mars 1609, & 29 juillet 1625; Basnage en cite un autre rendu en 1658; le journal des audiences nous en fournit un quatrième du 30 août 1664. » Nous en avons un cinquième (disent les rédacteurs du journal du palais) » qui met encore la question hors de toute dif» ficulté. Il a jugé le 15 mars 1672, que non» obstant la substitution faite par le testament » de M. le prince de Guimené père, de toute la » portion héréditaire de son fils puîné, sans cause » de dissipation; M. le prince de Guimené, fils » puîné, étoit en droit, conjointement avec ses » créanciers, de demander distraction de sa Légi» time en corps héréditaires «. Il y en a un sixième du 6 septembre 1674, rapporté dans la section 6 de cet article; on en trouve un septième du 30 juin 1678 dans le journal du palais. Enfin le parlement de Flandre a jugé la même chose par arrêt du 8 août 1729; & cette décision est très-remarquable, en ce qu'elle prouve que la jurisprudence des Pays-Bas n'exclut les créanciers de la demande en distraction de Légitime, que lorsque leur débiteur y a renoncé expressément: en voici l'espèce.

Le sieur Gaspard Hériguer avoit substitué, par son testament du 30 novembre 1625, tous les biens qu'il avoit laissés à sa fille. Celle-ci en avoit joui jusqu'à son décès, sans penser à en distraire sa Légitime. Après sa mort, ses créanciers

demandèrent cette distraction : on leur opposa le consentement qu'elle avoit donné à l'exécution du fidéicommis sur toute sa portion héréditaire ; ce que l'on prouvoit, 1°. par l'acceptation qu'elle avoit faite judiciairement des dernières volontés de son père, avec promesse de les remplir : 2°. par le partage qu'elle avoit fait avec ses frères, & dans lequel il étoit dit qu'elle *se soumettoit le tout laisser à la conservation de ladite clause de fidéicommis, sans jamais aller contre, renonçant par foi & serment à toutes choses contraires.* Les créanciers ont répondu, qu'à la vérité une renonciation expresse de la part de leur débitrice auroit formé, suivant les loix Romaines & les arrêts du parlement de Flandre, une barrière insurmontable contre leur demande ; mais que la demoiselle Hériguer ne pouvoit pas être censée avoir répudié sa Légitime par l'approbation vague & générale qu'elle avoit donnée au testament ; que par conséquent ils étoient fondés à en réclamer la distraction, puisque c'étoit un bien dont elle étoit saisie au moment de sa mort. Sur ces raisons est intervenu l'arrêt cité, au rapport de M. de Forêt, qui » déclare la Légitime de » ladite Hériguer soumise à ce qui reste dû aux » demandeurs de l'obligation de trente-huit » mille livres de gros du 2 juillet 1640, &c. «.

SECTION HUITIÈME.

De la liquidation de la Légitime.

Lorsque l'on connoît la quotité d'une Légitime, il faut en faire la liquidation, c'est-à-dire, déterminer les objets qui doivent la former, & mettre

le légitimaire à portée d'en obtenir la détraction ou de s'en procurer le payement.

Pour faire cette opération avec justesse, il faut savoir, 1°. quelles personnes on doit compter en supputant la Légitime : 2°. quels biens on doit faire entrer dans ce calcul : 3°. quelles imputations le légitimaire est tenu de souffrir.

§. I. *Des personnes que l'on doit compter pour la supputation de la Légitime.*

Nous avons fait voir que la Légitime est tantôt le tiers, tantôt la moitié, tantôt les deux tiers de la portion que l'on auroit recueillie *ab intestat.*

Cette quotité, à entendre le Brun, est toujours en raison inverse du nombre des copartageans *ab intestat*, en sorte que plus il y a de copartageans, moins elle est forte, & moins il y a de copartageans, plus elle est considérable. Il importe donc à un légitimaire, suivant le même auteur, qu'il y ait peu de personnes à compter dans la supputation dont il s'agit, & au contraire l'intérêt de celui qui est chargé de fournir la Légitime, demande qu'il y en ait beaucoup.

Cette observation est indistinctement vraie dans la coutume de Paris & dans toutes celles qui ne font pas dépendre la quotité de la Légitime du nombre des légitimaires : mais elle est trop générale pour le droit civil & les coutumes qui s'y conforment. En effet, lorsqu'il s'agit de fixer la quotité d'une Légitime, les légitimaires sont certainement interessés à ce que le nombre des copartageans *ab intestat* soit de cinq, plutôt que

de quatre ; puiſqu'au premier cas leur Légitime eſt la moitié de leur portion *ab inteſtat* ; au lieu que dans le ſecond elle n'en forme que le tiers. Ce n'eſt que quand la quotité eſt déterminée & qu'il ne s'agit plus que d'en régler la détraction, que les légitimaires ont intérêt d'avoir peu de concurrens : alors, il eſt vrai, leur condition eſt d'autant plus avantageuſe, que le nombre des copartageans *ab inteſtat* eſt moins grand. Suppoſons, par exemple, qu'un père laiſſe ſix enfans, & qu'un autre en laiſſe huit ; les premiers & les ſeconds auront également pour Légitime la moitié de ce qu'ils auroient eu *ab inteſtat* : mais cette moitié ſera plus forte pour les uns que pour les autres, parce que ceux-ci n'ayant droit *ab inteſtat* que de chacun huitième, leur Légitime ne peut être que d'un ſeizième ; au lieu que ceux-là ayant droit *ab inteſtat* de chacun ſixième, leur Légitime doit être d'un douzième.

Ainſi, ſelon le ſyſtême du droit écrit, lorſque l'on fait entrer quelqu'un dans une ſupputation de Légitime, c'eſt tantôt pour augmenter la portion du légitimaire, & tantôt pour la diminuer. Il ne faut pas perdre de vue cette diſtinction ; outre qu'elle empêche de confondre deux choſes très-diſtinctes l'une de l'autre, elle peut encore ſimplifier certaines queſtions que les commentateurs ont embrouillées.

On dit communément des perſonnes qui entrent dans la ſupputation, qu'elles font part ; cette expreſſion ne convient qu'à ceux dont l'exiſtence fait diminuer la Légitime : celle de *faire nombre* eſt plus juſte, parce qu'elle s'applique auſſi bien à l'augmentation qu'à la diminution.

Ces notions préſuppoſées, voyons quelles ſont les

les personnes qui font nombre, & quelles sont celles qui ne le font pas.

Dans la première classe sont incontestablement tous ceux qui, ayant le droit de prendre une Légitime, la prennent effectivement, ou se portent héritiers; c'est une de ces vérités qui se sentent d'elles-mêmes, & que l'on obscurciroit en voulant les démontrer. Voilà pourquoi les frères sont comptés dans la liquidation de la Légitime d'un ascendant, lorsque le défunt a institué un personne infame.

Il faut cependant remarquer que ceux qui ont droit de Légitime, sont quelquefois comptés d'une manière différente les uns des autres. C'est ce qui arrive dans le cas où des petits-enfans concourent avec leurs oncles ou tantes dans la succession d'un aïeul; car alors ils ne font tous ensemble qu'une tête; tandis que chacun des oncles & tantes fait nombre à part.

Jusqu'ici tout est clair; mais voici quelque chose de plus embarrassant. Il peut arriver qu'une personne refuse d'exercer un droit de succession ou de Légitime, quoiqu'il soit ouvert en sa faveur; dans ce cas, fera-t-elle nombre?

Il faut distinguer, 1°. si la renonciation est gratuite ou faite moyennant une récompense quelconque: 2°. si, étant gratuite, elle est pure & simple, ou en faveur de quelqu'un.

Lorsque la renonciation est tout-à-la-fois gratuite, pure & simple, celui qui l'a faite ne doit point être compté dans la supputation de la Légitime. C'est ce qu'établissent Ricard, le Brun, Rousseau de la Combe; & c'est ce qui résulte clairement de la loi 17, au digeste *de inofficioso testamento.* Celui, dit-elle, qui répudie la querelle

d'inofficiosité dont il pourroit se servir pour faire casser un testament, ne fait point de part au préjudice de ceux qui veulent intenter cette action : *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit iis qui eandem querelam movere volunt.* La loi 10, §. 4, *de bonorum possessione contra tabulas*, prouve implicitement la même chose, en mettant en principe que toute personne qui ne prend rien, ne doit point faire part, *liberi qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios committatur edictum; quo enim bonum est eis favere, ut partem faciant, nihil habituris.* On peut ajouter avec le Brun, » que la Légitime étant une cer-» taine portion de ce qu'on auroit eu *ab intestat*, » il n'est pas juste que celui qui est exclus par .... sa » renonciation pure & simple, & qui ne seroit » pas venu à la succession, fasse part dans la Légi-» time pour diminuer les portions des légitimaires... » C'est ainsi qu'en matière de substitution, celui » qui ne recueille pas actuellement le fidéi-» commis n'est point compté & ne fait point » de degré, parce que les degrés se comptent » avec effet, & ne se peuvent trouver remplis que » par une restitution actuelle «. Ce passage & les loix citées ne roulent que sur la question de savoir si le renonçant fait part, c'est-à-dire, s'il doit être compté pour la diminution de la Légitime ; mais on peut dire indistinctement qu'il ne fait pas nombre, c'est-à-dire que l'on ne doit pas non plus le compter pour l'augmentation : en effet, pourquoi l'empereur Justinien a-t-il voulu que la quotité de la Légitime augmentât en raison directe du nombre des successeurs *ab intestat*, en sorte qu'elle fût bornée au tiers, lorsque ceux-ci

ne seroient pas plus de quatre, & qu'elle fût portée à la moitié, quand ils excéderoient ce nombre ? C'est parce que naturellement la quotité d'une portion *ab intestat* doit être d'autant moins avantageuse, que la portion elle-même est plus petite, & que la portion est toujours d'autant plus petite, que le nombre des copartageans est plus grand. Justinien n'a donc cherché, dans sa novelle 18, qu'à compenser le tort que faisoit aux légitimaires la multitude des copartageans : & en effet il leur a rendu, ou du moins il a cru leur rendre par l'augmentation de la quotité à prendre sur leur portion *ab intestat*, ce que leur ôtoit la diminution de la portion même. Or, celui qui renonce purement & simplement à l'hérédité ne diminue pas la portion de ses cohéritiers, puisqu'il ne concourt point avec eux ; il ne diminue pas non plus la quotité à prendre sur cette portion, puisqu'on ne peut entamer une partie lorsqu'on laisse le tout entier : il n'est donc pas possible de lui appliquer le motif de la novelle 18 ; & comme on ne doit pas étendre une loi au delà de la raison qui l'a fait porter, sa personne ne doit être d'aucune considération pour le réglement de la quotité de la Légitime.

Lorsque la renonciation est gratuite à la vérité, mais en faveur, il faut distinguer si elle a été faite au profit de tous les héritiers, ou d'un d'entre eux. Dans le premier cas, le renonçant ne fait point nombre, parce que c'est absolument la même chose de renoncer purement & simplement, ou de le faire en faveur de tous ceux que la loi appelle à la succession. » Car, dit le Brun, » si quelqu'un renonce au profit de ses frères & » sœurs, avec clause de cession & transport, il

» semble qu'il ne fait que s'abstenir de la suc-
» cession, & que sa cession n'est en effet qu'une
» renonciation pure & simple, parce qu'elle n'a
» que le même effet, ses frères & ses sœurs profi-
» tant également de sa renonciation, & l'un d'entre
» eux n'étant pas plus favorisé que l'autre «.

Si la renonciation est en faveur d'un seul ou même de plusieurs d'entre les cohéritiers, elle a tout l'effet d'une cession; & comme on ne peut rien donner sans l'avoir acquis auparavant, elle équivaut à une acceptation d'hérédité de la part de celui qui la fait : or, il est constant que l'on doit compter & mettre en nombre tous ceux qui, ayant droit de Légitime, prennent réellement part à la succession. Il faut donc nécessairement faire entrer le renonçant dont il s'agit dans la supputation de la Légitime, comme Dumoulin sur l'ancienne coutume de Paris, §. 9, glose 4, n. 7, le fait entrer dans la liquidation du droit d'aînesse.

Les arrêts ont confirmé la différence que nous venons d'établir entre la renonciation pure & simple, & la renonciation en faveur de quelques-uns des cohéritiers. Voici ce que dit à ce sujet Montholon, arrêt 58 : » Si la renonciation est
» faite en faveur de l'aîné ou des mâles, la Lé-
» gitime ne se prend que sur ce qui reste, les
» portions des renonçans distinctes entièrement...
» C'est un arrêt du 2 juin 1607, donné à la
» première, qui l'a ainsi jugé : que si la renon-
» ciation est faite simplement, sans considération
» des mâles, l'on a jugé par arrêt du premier
» février 1600, au rapport de M. de la Nauve,
» que la Légitime se prend sur la masse, sans
» distraire les portions de ceux qui ont re-
» noncé «.

Une renonciation peut n'être pas gratuite de deux manières, ou parce que le renonçant a reçu quelque chose pour s'abstenir, ou parce qu'il s'est abstenu pour se dispenser de rapporter une donation que le défunt lui avoit faite.

Au premier cas, le Brun dit indistinctement que le renonçant ne fait pas nombre ; mais cette décision est trop générale : vraie dans certaines espèces, elle est fausse dans d'autres.

Pour se former là-dessus des idées nettes & précises, il faut distinguer si la renonciation a été achetée par tous les copartageans, ou seulement par quelques-uns d'entre eux.

Dans la première espèce, il est certain que le renonçant ne fait pas acte d'héritier ; la loi 24, au digeste, *de acquirendâ vel omittendâ hereditate*, ne laisse là-dessus aucun doute (*) : on ne doit donc pas le considérer dans la supputation de la Légitime, puisque d'un côté il est censé n'avoir point d'existence par rapport à la succession, & que de l'autre on ne peut pas lui appliquer le motif pour lequel nous disions tout-à-l'heure que Justinien a augmenté la quotité de la Légitime, à proportion du nombre des légitimaires. Il ne faut d'ailleurs que du bon sens pour se convaincre de cette vérité. Que fait un héritier lorsqu'il s'abstient en considération de la récompense que lui donnent tous ses copartageans ? Il renonce certainement en faveur de chacun d'eux : or nous

(*) *Cette loi est ainsi conçue :*

Fuit quæstionis an pro herede gerere videatur qui pretium hereditatis omittendæ causâ cœpit ; & obtinuit hunc pro herede non gerere, qui ideò accepit ne heres sit.

venons de voir que l'on ne doit jamais compter l'héritier qui renonce en faveur de tous ceux que la loi appelle *ab inteſtat* ; il n'eſt donc pas poſſible que celui dont nous parlons faſſe nombre ; & comment le feroit-il ? Seroit-ce pour diminuer la Légitime ? Mais les légitimaires ont payé leur part du prix de ſa renonciation ; il eſt donc juſte qu'ils en profitent : or, ils n'en peuvent profiter qu'en le faiſant retrancher de la ſupputation. Seroit-ce au contraire pour augmenter la Légitime ? Mais les héritiers qui doivent la fournir ont contribué comme les légitimaires à l'achat de la renonciation ; il faut donc auſſi qu'ils en recueillent le fruit ; & tout le profit qui peut en réſulter pour eux, c'eſt que le renonçant ne faſſe pas nombre à leur déſavantage. Ainſi la contribution des héritiers & des légitimaires au payement du prix de la renonciation, forme à cet égard une balance exacte entre les premiers & les ſeconds, & empêche que l'exiſtence du renonçant ne nuiſe ni ne profite aux uns & aux autres.

Lorſque la renonciation n'a été achetée que par quelques-uns des copartageans, il faut ſous-diſtinguer ſi elle eſt pure & ſimple, ou en faveur des acheteurs.

Si elle eſt en faveur des acheteurs, elle leur tranſporte la part légale du renonçant : celui-ci eſt donc cenſé ſuccéder par leur miniſtère, & par conſéquent il fait nombre ; cette réſolution doit ſouffrir d'autant moins de difficulté, qu'elle a même lieu, comme on vient de le voir, dans l'eſpèce d'une ceſſion gratuite déguiſée ſous le nom de renonciation en faveur.

Si la renonciation achetée par quelques-uns

des copartageans est pure & simple, elle n'emporte point d'appréhension d'hérédité de la part de celui qui l'a faite, & conséquemment elle devroit à la rigueur le faire retrancher indistinctement de la supputation de la Légitime. Cependant il seroit injuste de tourner l'effet de la renonciation contre son acheteur, puisqu'il n'en a payé le prix que sous la condition d'en profiter: ainsi lorsque son avantage demande que le renonçant fasse nombre, on doit faire entrer celui-ci dans la supputation, & ce n'est que dans le cas contraire qu'il faut l'en exclure.

A l'égard de celui qui renonce pour se tenir à une donation que le défunt lui a faite, on prétend qu'il a été rendu deux arrêts sur la question de savoir s'il doit faire nombre; mais il n'y en a qu'un sur lequel on puisse compter & que l'on doive prendre pour règle de décision.

Ces arrêts sont des 14 août 1581 & premier février 1620. Le premier, dit le Brun, » jugea » que les renonçans *aliquo dato*, font nombre, » pour savoir si l'on doit compter sur quatre en- » fans ou sur un plus grand nombre, & donner » le tiers ou la moitié pour la Légitime, selon le » droit écrit. Mais les parties ne prétendoient pas » faire juger la question de savoir qui profiteroit » des parts des renonçans, déclarant qu'ils se » réservoient de le faire décider, lorsqu'il s'agiroit » de l'exécution de l'arrêt «. Cet arrêt juge, comme on le voit, que le renonçant fait nombre pour augmenter la Légitime, & laisse indécise la question de savoir s'il fait aussi nombre pour la diminuer.

» Le second, c'est toujours le Brun qui parle, » étoit dans l'espèce que Gabriel le Roux avoit

» laiſſé cinq enfans, un aîné qu'il avoit fait ſon » légataire univerſel, trois filles qu'il avoit mariées » & dotées, & une qui n'étoit point donataire, » laquelle demandoit ſa Légitime; & il s'agiſſoit » de ſavoir ſi les trois ſœurs renonçantes faiſoient » part & nombre dans la Légitime : ſur quoi il » fut jugé qu'elles ne faiſoient point part, en ſorte » qu'on ne devoit compter que ſur deux enfans, » le légataire univerſel, & la légitimaire à laquelle » on adjugea la quatrième partie des biens. Mais » M. Bouguier remarque qu'il fut auſſi jugé par » cet arrêt, que la Légitime ne ſe régleroit qu'à » raiſon des biens extans lors du décès, les dona- » tions non compriſes : en ſorte que l'on n'adjugea » à cette fille légitimaire que la quatrième partie » des biens qui furent trouvés lors du décès, par » où il ſemble que l'on récompenſoit le légataire » univerſel : car ſi les trois ſœurs renonçantes ne » faiſoient point part à ſon profit, auſſi dans l'eſti- » mation de la Légitime on n'avoit point d'égard » aux donations qui n'augmentoient point la maſſe » des biens, ſur laquelle on devoit donner à la » fille légitimaire ce qui lui étoit dû pour ſa Légi- » time. Mais il y a bien de l'apparence que cet » arrêt a ſeulement déchargé les trois ſœurs ma- » riées de contribuer à la Légitime, comme M. » Boguier le dit lui-même; mais il n'a pas jugé » qu'on ne dût pas faire entrer leur dot dans la » maſſe des biens pour la fixation de la Légitime; » car le contraire avoit été jugé par l'arrêt des Bri- » nons, du 27 mai 1558, & ſemble réglé par » l'article 298 de la coutume de Paris «.

Cet arrêt obſcurcit plutôt la queſtion qu'il ne la réſout : C'eſt donc uniquement dans les principes de la matière qu'il faut en chercher la déciſion.

Ricard soutient généralement que le renonçant dont nous parlons doit faire nombre, & il en donne une raison très-judicieuse ; c'est que la donation doit nécessairement entrer dans la masse des biens sur laquelle la Légitime doit être prise, & que le donataire ne s'y tient, que parce qu'elle surpasse sa portion légitimaire, ou qu'au moins elle la remplit.

On oppose à cet avis une objection assez subtile ; c'est de dire que le renonçant ne pourroit faire nombre qu'en qualité d'ayant droit à une Légitime, ou en qualité de donataire ; qu'il ne le fait point nécessairement au premier titre, puisque ceux qui ont naturellement droit à une Légitime, ne sont pas toujours nombre, témoin celui qui renonce gratuitement & absolument ; qu'il ne le fait non plus au second titre, puisque les donataires étrangers n'entrent jamais dans cette supputation.

Voici la réponse de le Brun : » Lorsque l'enfant qui fait part naturellement, c'est-à-dire, » à qui par nature il est dû sa part dans la succession ou dans la Légitime, renonce en se tenant à une donation, il est vrai de dire en ce » cas, qu'il a sa portion légitimaire, puisqu'il en » a la valeur, & qu'il est donataire en avancement d'hoirie ; ce qui ne se peut pas trouver » ni dans la personne de l'enfant qui renonce » sans avoir jamais rien reçu, ni en la personne » d'un étranger : ainsi il est très-juste que cet » enfant donataire qui renonce *aliquo accepto*, » fasse part dans la supputation, bien loin » que les autres enfans aient droit de se plaindre » de ce que cela diminue leur Légitime, qu'au contraire il faut qu'ils considèrent que leurs droits

» diminuent naturellement à proportion de ce qui » a été donné à leur frère, puisqu'il auroit partagé » avec eux *ab intestat* «.

A cette réponse le Brun ajoute une réflexion qui écarte toute espèce de difficulté. » Si, dit-il, » on comptoit les donations, & si on les faisoit » entrer dans la masse des biens, sans que les » renonçans fissent part, les légitimaires auroient » souvent plus que la moitié de ce qu'ils auroient » eu, si le père n'avoit pas disposé; ainsi ce ne » seroit pas une Légitime. Car supposé qu'il y » ait quatre enfans & quarante mille livres de » biens; que le père ait donné quinze mille » livres à chacun des deux aînés, qu'il ait fait » le troisième son légataire universel, & que le » quatrième demande sa Légitime; si l'on compte » toutes les donations, & que les donataires ne » fassent point part, il s'ensuivra que le fils » légitimaire aura dix mille livres, & cependant » c'est tout ce qu'il auroit eu si le père n'avoit » pas disposé entre vifs ni par testament; au lieu » que les renonçans faisant part, il n'aura que » cinq mille livres, & le frere légataire autant; » ainsi ils seront tous deux réduits à leur Lé- » gitime «.

Une comparaison très-simple achevera de porter la conviction dans tous les esprits. Tout le monde sait que le droit d'accroissement a lieu entre deux colégataires unis par les paroles & par la chose: cela posé, on demande si l'esclave de Titius étant légué à Titius même & à Mævius, celui-ci doit en avoir la totalité, parce que l'autre ne peut pas être légataire d'une chose qui lui appartient, ou si Titius fait part dans le legs, à l'effet de réduire Mævius à la moitié.

La loi 84, §. 8, au digeſte *de legatis* 1°. (*) embraſſe ce dernier parti, parce que Titius prend part dans la choſe léguée, ſinon par action, au moins par rétention.

Dans notre eſpèce, le donataire renonçant ne prend point part à l'hérédité par action, mais il la prend par rétention; il faut donc néceſſairement qu'il faſſe nombre.

Nous n'avons parlé juſqu'à préſent que des renonçans à une ſucceſſion ou à une Légitime échue; voyons maintenant ſi ceux qui ont renoncé à une ſucceſſion ou à une Légitime avant que le droit n'en fût ouvert, doivent faire nombre dans la ſupputation que nous avons à régler.

Il ne faut pas diſtinguer ici, comme ſur la queſtion précédente, ſi la renonciation eſt gratuite ou faite moyennant une certaine récompenſe, parce qu'ayant trait à une ſucceſſion future, elle ne peut être valable, qu'autant qu'elle eſt en quelque ſorte payée par celui à qui il s'agit de ſuccéder. Il eſt vrai que deux de nos coutumes, ſavoir, Auvergne & Normandie, excluent de la ſucceſſion & même de la Légitime la fille qui a été mariée ſans dot, comme celle qui a été dotée convenablement; mais il n'en eſt pas moins certain que la renonciation légale de la première n'eſt pas plus gratuite que celle de la ſeconde: il en coute toujours quelque choſe à un père pour marier une fille, même ſans dot; d'ailleurs l'éta-

(*) Si Titio & Mævio legatus fuerit Stichus qui Titii erat, debebitur pars Stichi Mævio: nam Titius, quamvis ad legatum non admittatur, partem faciet.

bliſſement qu'il lui procure eſt conſidéré comme un avantage, & l'on verra dans un inſtant, que les coutumes citées, loin de s'écarter, ſur la queſtion dont il s'agit, des principes du droit commun, en ont au contraire adopté expreſſément les déciſions.

Il ne faut pas non plus diſtinguer, quoi qu'en diſent certains auteurs, ſi la renonciation a été faite au profit de tous les cohéritiers préſomptifs, ou ſeulement de quelques-uns d'entre eux; parce que le prix en ayant été acquitté par le défunt, on doit la conſidérer dans le dernier cas comme une donation qu'il a voulu faire de la part du renonçant, à ceux en faveur deſquels la renonciation eſt ſtipulée; ce qui les ſubroge entièrement aux droits du renonçant, & fait que l'hérédité ſe diviſe comme s'il ſuccédoit en perſonne, au lieu de ſuccéder par leur miniſtère.

Cette réflexion décide déjà que le renonçant doit faire nombre dans cette eſpèce particulière. Mais examinons la queſtion en général.

Bartole & Cujas prétendent que l'on ne doit point compter la fille qui a renoncé à la ſucceſſion future de ſes père & mère; mais il eſt à croire que celui-ci ne penſe de la ſorte que parce qu'il ſuppoſe la renonciation gratuite; & Bartole eſt certainement dans la même erreur; il ſuffit de l'entendre pour s'en convaincre : *Ille qui non admittitur ad partem, nec admitti ſperatur* ALIQUO JURE ACTIONIS, VEL RETENTIONIS, *vel alterius æqualitatis, ut filia quæ renunciavit, vel per ſe vel per alium, non dicitur facere partem.*

Les auteurs qui ont mieux connu les principes reçus à cet égard dans notre juriſprudence, ont

raisonné différemment. Guy-Pape en sa décision 295, dit que la fille qui a renoncé ne prend point de part dans la succession qu'elle a abdiquée, mais qu'elle ne laisse pas de faire nombre pour la liquidation de la Légitime. *Filia quæ quittavit bona paterna vel materna, facit quidem partem tanquàm filia quantùm ad Legitimam, sed non admittitur ad partem.*

M. Boyer établit la même chose en sa décision 104 : *Filia quæ renunciavit, facit quidem partem, quia facit numerum, & in numero liberorum est habenda, ut cognoscatur, non quantùm sit Legitima ejus, sed quanta sit Legitima aliorum.*

M. Maynard, livre 4, chapitre 24, démontre très-clairement la justesse de cette résolution. Voici à quoi se réduit en substance tout ce qu'il dit à ce sujet.

Si des enfans qui renoncent à une succession future, moyennant une certaine donation, ne faisoient pas nombre dans la liquidation de la Légitime, ce seroit parce que leur part accroîtroit aux légitimaires : or, il est impossible que cet accroissement ait lieu ; un exemple très-sensible va le démontrer. Il est décidé dans la loi 85, au digeste *de legatis* 1°. (*), que si de deux colégataires d'un même fonds, l'un obtient d'abord par action personnelle l'estimation de sa moitié, & que l'autre s'avise ensuite de demander le tout

(*) Duobus conjunctim fundus erat legatus. Alter ex his partis æstimationem per actionem personalem abstulit. Alter si fundum totum vindicare velit exceptione doli pro parte dimidiâ repellitur, quia defunctus semel ad eos legatum pervenire voluit.

en nature par action réelle, le juge ne doit en accorder à celui-ci que la moitié, & le débouter du surplus, parce que l'autre est censé être venu à partage, & avoir par conséquent éteint le droit d'accroissement, en recevant la valeur de ce qui lui étoit légué. Il résulte clairement de là, qu'il n'y a point de droit d'accroissement lorsque l'un des consors, au lieu de répudier simplement sa part, la vend en quelque sorte, en y renonçant pour une récompense quelconque. Appliquons cette maxime aux enfans qui renoncent à une hérédité future en considération des avantages actuels qu'ils reçoivent, & nous aurons une preuve démonstrative qu'ils doivent faire nombre.

Coquille, en sa question 164, jette un nouveau jour sur cette vérité. » La fille qui a été mariée » & dotée, ou apanée par père & mère . . . , » doit être comptée au nombre des enfans, quand » on fait état de la Légitime ; car elle n'est pas » exclusе en haine d'elle, comme est exclus » celui qui est déshérité par son père, ains est » exclusе en faveur de ses frères. Aussi par la cou- » tume, elle est reçue à demander supplément » de sa Légitime, si par sa dot sa Légitime n'est » pas remplie ; ce qui fait connoître qu'elle doit » être comptée au nombre des enfans «.

A ces raisons se réunissent toutes celles que nous avons employées pour faire voir que l'on doit compter l'enfant qui renonce à une succession échue pour se tenir à une donation entre vifs : car ce sont les mêmes motifs de décision pour l'une & l'autre espèce.

Aussi la jurisprudence des arrêts a-t-elle admis constamment, par rapport à celle-ci, l'opinion que nous venons d'établir. Nous avons là-dessus

des décisions très-précises des parlemens de Paris, de Toulouse, de Grenoble & de Bordeaux. Ecoutons d'abord Papon, livre 16, titre 4, n. 7.

» Fils ou fille qui ont quitté à la succession du » père ou de la mère, sont comptés au calcul » de la Légitime, & font pour une portion cha- » cun, combien qu'ils ne soient reçus à ladite » portion qui est acquise à l'hoirie . . . ainsi fut » jugé par arrêt de Grenoble en l'an 1461, en » vuidant le procès de la Roche-Chinard, entre » les frères Allemans, & par arrêt de Bordeaux » allégué par M. Boyer, question 103. Cela est » vrai d'une fille ou d'un fils qui ont quitté par » constitution ou apanage qui leur a été fait «.

M. Maynard, à l'endroit cité, établit la même proposition, & ajoute : » Ainsi par la cour de » Tholose a été jugé, en la seconde chambre » des enquêtes, au rapport de feu M. Josse, » nous y opinant, entre dame Paule de Viguier, » veuve de feu M. Pierre de Maynaguet, tré- » sorier de France, contre Simon de Mayna- » guet, neveu dudit feu Pierre, le 20 juillet » 1583 «.

Les arrêts du parlement de Paris qui ont jugé de même, sont des 21 février 1565, premier décembre 1571, & 14 août 1586. C'est Carondas qui les rapporte, livre 8, réponse 27. Enfin, si l'on en croit Minsyngere, centurie 4, observation 22, telle est aussi la jurisprudence de la chambre impériale de Spire. *A dominis nostris comprobata est sententia Petri Jacobi asserentis talem filiam, quæ sic renunciavit, computari & numerari inter liberos & facere partem, licet non admittatur ad partem.*

Les dispositions de nos coutumes viennent à l'appui des arrêts, & en confirment de plus en plus la décision. Voici ce que portent Auvergne, chapitre 12, article 32; la Marche, article 245; & Bourbonnois, article 310. » Et combien que » ladite fille ainsi mariée ne prenne aucune part » ne portion esdites successions, si fait-elle nom- » bre & part avec les autres enfans pour la quote » & computation de la Légitime «. Ces termes *si fait-elle nombre & part*, marquent très-clairement que la fille dotée entre dans la liquidation, non seulement pour diminuer la Légitime, mais encore pour l'augmenter : c'est l'observation de Dumoulin sur l'article 310 de la coutume de Bourbonnois : *Non solùm diminuendo partes singulorum, sed etiam congendo cumulum Legitimæ de triente & semisse.*

L'article 257 de la coutume de Normandie décide pareillement, que » fille mariée, avenant » que ses sœurs soient reçues à partage, fait » part au profit de ses frères, pour autant qu'il » lui en eût pu appartenir au tiers du aux filles » pour leur mariage; encore qu'il ne lui fût rien » dû lors du décès de ses père & mère «.

Telle est encore la disposition implicite de la coutume de Bretagne, article 558 : » La por- » tion de la fille mariée par le père noble à » moindre part qu'il ne lui appartient par la cou- » tume, accroît & appartient à l'aîné, à la charge » des dettes à raison de ladite portion «. Les coutumes du Maine & d'Anjou renferment la même décision, & il en résulte évidemment que la fille mariée fait nombre, puisqu'elle est repré- sentée par son frère aîné, & qu'ainsi elle est cen- sée prendre par les mains de celui-ci la part que la loi lui défère.

Après

Après avoir parlé de ceux qu'une renonciation volontaire exclut de la succession ou de la Légitime, il faut nous occuper de ceux qui sont privés malgré eux de l'une ou de l'autre.

Ces derniers composent trois classes différentes: dans la première, sont les exhérédés; dans la seconde, les incapables, & dans la troisième, ceux qui se sont laissés exclure par la prescription.

La question de savoir si les exhérédés sont nombre dans la supputation de la Légitime, est une des plus controversées qu'il y ait sur cette matière.

Accurse, Battole, Paul de Castres, Carondas, Vandepoll, le président Favre, & Furgole tiennent l'affirmative; & l'on trouve dans le journal du palais du parlement de Toulouse (*), un arrêt qui l'a adoptée formellement.

Les partisans de la négative sont Cujas, Fachini, Ferriere sur Guy-Pape, Barry, Gomèz, M. Grivel, Despeisses, Perèz, Van Leuwen, Ricard, le Brun, Bretonnier, Voët; & leur opinion a été confirmée par un arrêt du parlement de Dijon du mois de décembre 1671, rapporté dans le commentaire de Taisand sur la coutume de Bourgogne, titre 7, article 7.

Les raisons dont se servent ces auteurs sont exposées par Voët dans un ordre très-lumineux: pour simplifier la question, il la considère sous deux faces: il établit d'abord que les exhérédés sont nombre pour augmenter la Légitime, & ensuite qu'ils font part pour la diminuer.

Voici comme il prouve sa première proposition.

(*) Année 1702, page 489.

L'enfant exhérédé eſt regardé par rapport au droit de ſuccéder à ſes père & mère, comme s'il étoit mort avant eux ; la loi 1, §. 5, au digeſte *de conjungendis cum emancipato, liberis* (*), en contient une diſpoſition formelle, & le §. 3, aux inſtitutes *de ſucceſſione libertorum*, nous fait voir que l'on confond ſouvent en droit le défunt qui ne laiſſe point d'enfans, avec celui qui a juſtement déshérité ceux qu'il avoit (**). Or, il eſt conſtant & indubitable que les enfans morts avant leur père ne font point nombre pour la Légitime de leurs frères & ſœurs, il ne faut donc pas non plus compter les exhérédés. D'ailleurs ſi Juſtinien a augmenté la Légitime juſqu'à la moitié dans le cas où il y a plus de quatre copartageans, il ne l'a fait que dans la crainte que les enfans étant en trop grand nombre, leur portion ne ſe trouvât réduite à rien, & ne les laiſſât dans l'indigence : or, les exhérédés ne produiſent point cet effet ; leur exiſtence ne peut donc pas être conſidérée pour faire augmenter la Légitime de leurs frères & ſœurs.

Cette propoſition établie, Voët emploie les raiſons ſuivantes pour juſtifier la ſeconde. Si, dit-il, les exhérédés ne profitent pas à leurs frères & ſœurs pour l'augmentation de leur Légitime, il n'eſt pas juſte qu'ils leur nuiſent lorſqu'il s'agit de la diminuer. *Eadem eſt ratio commodi & in-*

(*) Sed & ſi patruus eorum, qui erat in poteſtate, ſit præteritus, pater exheredatus, debent nepotes admitti : nam exheredatus pater eorum pro mortuo habetur.

(**) Si verò teſtamentum quidem fecerint, liberti, patronos autem aut patronas præterierint, cùm nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, tunc, &c.

commodi. C'eſt d'ailleurs un principe clairement établi par la loi 10, §. 4, D. *de bonorum poſſeſſione contrà tabulas*, que l'on ne fait point part quand on n'eſt pas admis au partage; & la loi 17, D. *de inofficioſo teſtamento*, décide que la portion du fils juſtement exhérédé accroît à ſes frères & ſœurs qui, ayant été frappés comme lui de l'exhérédation, l'ont fait déclarer injuſte, & elle ſe fonde ſur ce que ceux-ci ſont conſidérés comme les ſeuls enfans vivans du père (*). Enfin la novelle 22, chapitre 21, met en principe que les portions des enfans ingrats, & à ce titre exclus des biens de leurs parens, n'appartiennent point aux héritiers étrangers, mais à leurs frères & ſœurs: l'héritier inſtitué par le père ne peut donc pas mettre hors part & s'approprier la Légitime de l'exhérédé, il doit la laiſſer dans la maſſe des biens ſur leſquels doivent être priſes les autres portions de la même nature.

Ricard n'employe pas tant de raiſonnemens pour prouver l'exactitude de cette doctrine; il la fonde uniquement ſur ce que la Légitime n'eſt autre choſe qu'une portion de ce qui eût appartenu *ab inteſtat* à ceux qui la prennent; en ſorte que les exhérédés » n'ayant point de part en la » ſucceſſion, ils en ont encore moins en la Lé-

(*) Qui repudiantis animo non venit ad accuſationem inofficioſi teſtamenti, partem non facit his qui eandem querelam movere volunt. Undè, ſi de inofficioſo teſtamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia reſciſſo teſtamento alter quoque ad ſucceſſionem ab inteſtato vocatur, & ideò univerſam hereditatem non rectè vindicaſſet: hic, ſi obtinuerit, uteretur rei judicatæ auctoritate, quaſi centumviri hunc ſolum filium in rebus humanis eſſe nunc cùm facerent inteſtatum, crediderint.

» gitime, puiſque la Légitime dépend de la ſuc-
» ceſſion & en compoſe une partie; car c'eſt un
» des premiers principes que celui qui n'a point
» de part dans le tout, en peut encore moins
» prétendre dans une portion de ce tout «.

Cette raiſon a paru ſi forte à Furgole, qu'il n'a pas trouvé d'autre moyen d'y répondre que d'en nier le principe. Il convient que dans la coutume de Paris la Légitime eſt une portion de la portion *ab inteſtat*, & il en conclut lui-même que les exhérédés ne ſont pas nombre dans le territoire de cette loi municipale; mais il ſoutient qu'il en eſt tout autrement dans les pays de droit écrit. » Je me fonde, dit-il, ſur la
» diſpoſition de la novelle 18, chapitre 1, à la-
» quelle les auteurs n'ont pas fait aſſez d'attention,
» ou du moins n'en ont-ils pas bien pénétré l'eſprit,
» ni par conſéquent connu la véritable nature de la
» Légitime; car quoique ſuivant les principes de
» l'ancien droit Romain dans la loi 8, §. 6, D.
» *de inofficioſo teſtamento*, les loix 8 & 31, C.
» *eadem*, & quelques autres textes, la Légitime
» fût une portion de la portion *ab inteſtat*, cela
» a été changé par la novelle 18, chapitre 1,
» en conformité de laquelle l'opinion la plus
» commune des auteurs eſt que le légitimaire ne
» doit pas avoir une portion de la ſucceſſion,
» mais une portion des biens quitte des dettes,
» dont l'héritier eſt chargé; ce qui paroît avoir été
» confirmé par l'article 61 de l'ordonnance de
» 1735 .... portant que la quotité de la Légi-
» time des aſcendans dans les pays où elle leur
» eſt due, doit être réglée eu égard au total des
» biens, & non ſur le pied de la portion qui
» leur auroit appartenu *ab inteſtat* ſur les biens

» de leurs descendans .... La fixation de la Légitime n'a donc aucun rapport ni aucune liaison » avec la faculté de succéder *ab intestat* : il n'y » a d'autre règle que le nombre des enfans existans : si donc il y a des enfans qui ne puissent » pas prendre part aux biens assignés pour la Légitime, le retranchement qui est fait de plein » droit sur le patrimoine du défunt, du tiers ou » de la moitié de toute la substance, fait que » tandis qu'il y a quelque enfant capable de recueillir cette portion, il n'en doit jamais rien » accroître à l'hérédité, ni rentrer dans la succession ; mais le partage en doit être fait » par égales portions entre les enfans qui se » trouvent existans & capables, tout comme on » le voit pratiquer dans les pays coutumiers à » l'égard des quatre quints, ou autre portion des » propres, que les coutumes destinent & assignent » aux héritiers du sang dont la disposition est » interdite, & qu'on peut regarder comme une » espèce de Légitime coutumière ; car si parmi » les successeurs *ab intestat* qui sont appelés pour » recueillir cette portion, il s'en trouve quelqu'un » qui soit tombé dans quelque cas d'ingratitude » & qui ait été justement exhérédé, la part qui » auroit dû revenir à l'exhérédé, ne revient pas » au légataire universel, mais elle accroît à tous » les autres qui sont capables de recueillir «.

Tout ce passage se réduit à dire : La Légitime dans l'ancien droit étoit une portion de l'hérédité ; mais par la novelle 18 elle n'est plus qu'une portion des biens, & n'a aucun rapport à la succession *ab intestat* ; ainsi pour la fixer il ne faut considérer que le nombre des enfans, sans examiner s'ils sont tous capables d'être héritiers, &

s'il y en a quelques-uns qui ne puiſſent y prendre leur part, elle doit accroître aux autres légitimaires, comme la portion d'un incapable, dans les réſerves coutumières, accroît aux autres héritiers du ſang.

Il eſt étonnant qu'un auteur auſſi profond & auſſi judicieux que l'eſt Furgole, ait pu avancer de pareilles erreurs. D'abord n'eſt-ce pas renverſer toutes les idées, que de faire paſſer la novelle 18 pour la loi qui a attribué à la Légitime la qualité de *quote des biens*, au lieu de *quote d'hérédité* qu'elle étoit auparavant ? Nous avons démontré ci-deſſus, ſection 2, qu'elle a toujours été une quote des biens, & l'on a dû remarquer que cela eſt encore plus clair dans la juriſprudence du digeſte que dans celle des novelles. La coutume de Paris ne déroge pas là-deſſus au droit commun, puiſqu'en diſant que la Légitime eſt la moitié de la portion *ab inteſtat*, elle marque expreſſément que cette moitié ne ſe prend qu'après la déduction des dettes & frais funéraires, ce qui caractériſe préciſément une quote des biens, ſuivant la maxime, *bona intelliguntur cujuſque quæ deducto ære alieno ſuperſunt.* Il n'y a donc pas plus de raiſon d'admettre ou de rejeter l'opinion de Ricard dans la coutume de Paris que dans les provinces de droit écrit.

On dira peut-être que la novelle 18 fixe la Légitime au tiers ou à la moitié des biens, ſans parler de la portion *ab inteſtat*; qu'ainſi il y a une différence réelle entre cette conſtitution & le droit du digeſte adopté par la coutume de Paris.

Mais il eſt évident que le tiers ou la moitié des biens s'entend dans la novelle dont il s'agit,

du tiers ou de la moitié de ce que les légitimaires auroient eu *ab inteſtat*, toutes dettes & charges déduites. Deux raiſons très-ſimples nous le perſuadent : 1°. il n'y a dans le droit aucune différence entre une quote des biens & celle d'une portion *ab inteſtat*, dont on déduit les dettes, puiſqu'une hérédité ſur laquelle on a fait une telle déduction perd ſon nom & prend celui de biens : 2°. Juſtinien n'a rien changé par la novelle 18 à la nature de la Légitime ; il l'a laiſſée ſur le pied réglé par les loix antérieures ; il en a ſeulement augmenté la quotité ; & comme il a par ce moyen ſubrogé le tiers ou la moitié à l'ancienne quarte, il faut néceſſairement ſuppoſer que ce tiers ou cette moitié doivent être de la portion *ab inteſtat*, *ſubrogatum ſapit naturam ſubrogati.* Veut-on une preuve de cette ſubrogation ? On la trouvera dans la novelle même. Juſtinien ſe plaint dans le préambule de ce que les loix anciennes n'obligeoient les pères de laiſſer à leurs enfans que trois onces ou un quart, *ſolum triuncium definierunt ex neceſſitate relinqui ;* & dans le chapitre 1 il ordonne qu'à l'avenir la Légitime ne ſera plus d'un quart, mais du tiers ou de la moitié, ſuivant le nombre des enfans, *non triuncium eis relinqui ſolùm, ſed etiam tertiæ propriæ ſubſtantiæ partem, hoc eſt, uncias quatuor... Si verò ultra quatuor habuerint filios, mediam eis totius ſubſtantiæ relinqui partem, ut ſex uncium ſit omninò quod debetur.*

Encore une fois donc cette novelle n'a point dérogé au droit ancien, par rapport à la nature de la Légitime ; elle a laiſſé à cette portion ſon caractère & ſa dénomination de quote de ce que l'on auroit eu *ab inteſtat*, & conſéquemment

c'eſt en vain que Furgole prétend en argumenter pour réfuter le raiſonnement de Ricard, & prouver que les exhérédés doivent faire nombre.

Ce n'eſt pas avec plus de raiſon que le même auteur prétend inférer de cette novelle, qu'il ne faut conſidérer que le nombre des enfans, ſans examiner s'ils ſont tous capables d'être héritiers ou légitimaires. A la vérité Juſtinien n'exige point expreſſément qu'ils puiſſent ſuccéder pour faire nombre, mais cela ſe ſuppoſe de ſoi-même (*); &, comme nous l'avons déjà dit, il n'a augmenté la quotité de la Légitime, que parce que dans le droit ancien elle étoit ſouvent réduite à très-peu de choſe par le grand nombre des enfans qui y prenoient part.

Enfin, ce qu'il y a d'étonnant, Furgole détruit lui-même ſon opinion, en diſant, que *s'il y a des enfans qui ne puiſſent pas prendre part aux biens aſſignés pour la Légitime, il n'en doit rien accroître à l'hérédité ni rentrer dans la ſucceſſion; mais que le partage en doit être fait par égales portions entre les enfans qui ſe trouvent exiſtans & capables, tout comme on le voit pratiquer dans les pays coutumiers à l'égard des quatre quints ou autre portion des propres.* Si ce n'eſt pas-là un aveu clair & précis que les exhérédés ne font point part, il faut que les mots

(*) *C'eſt ce que prouve très-bien M. Grivel.*

Verba legis quantumcumque indefinita & generalia ſemper reſtringuntur ad perſonas habiles & capaces ... Undè, licet in eo textu loqueretur Juſtinianus, tamen de capacibus tantùm & non de incapacibus promiſcuè intelligendus eſſet. Paria enim ſunt liberos non habere, aut habere quidem, ſed ingratos aut exheredatos & incapaces.

faire part aient dans l'esprit de Furgole un sens tout différent de celui que tout le monde leur attribue ; & alors il ne reste qu'une dispute de mots entre lui & Ricard ; au fond ils pensent l'un comme l'autre, & l'on doit mettre le premier dans la classe de ceux dont le second dit, » qu'ils s'abusent grossièrement en leurs préten-» tions, lorsqu'ils soutiennent pour faire l'avan-» tage des enfans «, que ceux qui ne prennent point de part, ne laissent pas de faire part. En effet, ajoute-t-il, » les enfans ne prennent pas » la portion qui est destinée pour leur Légitime » en masse, pour la distribuer après entre ceux » qui doivent actuellement y prendre part : mais » chaque enfant en particulier doit être content » lorsqu'il a la portion qui lui est déférée par la » loi, & celui sur qui la Légitime se doit prendre » en est tenu à forfait envers chaque particulier.... » Le §. 8, loi 8, D. *de inofficioso testamento*, le » décide de la sorte aux termes du droit ancien, » & dit que si un aïeul a laissé trois petits-en-» fans d'un fils & d'un autre, que chacun des » trois doit être content d'une demi-once, & » celui qui est unique en sa branche d'une once » & demie, *proinde si sint ex duobus filiis ne-» potes, ex uno plures, puta tres, ex uno unus: » unicum sesuncia, unum ex illis semiuncia que-» relâ excludit.* Cela se collige encore assez de la » novelle 18 (*) «. Si donc, comme le prétend

(*) En effet, on ne peut pas donner un autre sens à ces termes : *Si verò ultra quatuor habuerint filios, mediam eis totius substantiæ relinqui partem .... singulis ex æquo quadriuncium vel sexuncium dividendo.* Le mot *dividendo* ne marque pas l'action des légitimaires partageant entre eux

Furgole, la part d'un exhérédé dans le tiers ou la moitié destiné pour la Légitime n'accroît pas à l'héritier institué, mais aux légitimaires, c'est une marque certaine que l'exhérédé ne fait point part ; aussi voyons-nous le Brun dire que l'enfant légataire ne fait point part dans les réserves, pour faire entendre que sa part n'accroît pas au legs universel, mais aux héritiers du sang : & Bartole ne trouve point de meilleure raison pour prouver que l'exhérédé fait part, que de dire que l'exhérédation a été faite en faveur de l'héritier institué, qu'ainsi il doit en recueillir tout le profit, en retenant par droit d'accroissement la portion de l'exhérédé.

Il n'y a donc rien dans Furgole qui puisse ébranler le sentiment de ceux qui soutiennent que les exhérédés ne font point nombre dans la supputation de la Légitime. Voyons si les raisons de Bartole méritent plus d'égards.

---

la portion que la loi leur donne, mais l'action du père assignant à chacun de ses enfans la part qu'il doit avoir dans le tiers ou la moitié de toute la succession. Nous avons deux preuves de cette assertion. 1°. Le gérondif *dividendo* étant à l'actif, ne peut se rapporter aux enfans qui ne rempliſſent dans toute la phrase qu'un personnage passif ; il a au contraire un rapport très-marqué avec le père, dont il n'est parlé qu'à l'actif ; & il n'y a que cette manière d'entendre le texte qui présente une construction régulière : 2°. il est dit plus haut, que le père devra laisser à ses enfans non le quart, comme anciennement, mais le tiers ou la moitié de ses biens. Or, la loi citée par Ricard prouve nettement que dans la jurisprudence du digeste chaque légitimaire avoit sa portion séparée. C'est donc par cette jurisprudence qu'il faut interpréter la novelle dont il s'agit, car un légiſlateur est toujours censé se référer aux loix anciennes, lorsqu'il n'y déroge pas expressément.

La première est, comme nous venons de le dire, que l'exhérédation a pour motif l'avantage personnel de l'héritier institué ; que par conséquent, c'est à lui que doit accroître la part de l'exhérédé. Mais, répond M. Grivel, le principe de ce raisonnement est faux ; car ce n'est point pour favoriser l'héritier institué, qu'un testateur déshérite son fils, ou du moins s'il a cette intention, elle n'est que secondaire & indirecte : le motif principal & direct qui le fait agir est l'indignité ou l'ingratitude de celui sur lequel il lance la foudre de l'exhérédation.

La seconde raison de Bartole, est que ce seroit de la part des légitimaires une prétention odieuse, de vouloir profiter de la faute & de la disgrace de leur frère. » Mais, dit le Brun, l'on peut » répondre, qu'il est naturel que l'exhérédation » d'un des enfans profite aux autres qui ont bien » mérité du père ; que c'est même la disposition » de (la novelle 22, chapitre 21), & que, comme » elle leur profiteroit *ab intestat*, il est juste » qu'elle leur profite dans la Légitime, qui est » une portion des droits qu'ils auroient eus dans » la succession *ab intestat* ; qu'enfin ce n'est pas » par droit d'accroissement qu'ils profitent de » l'exhérédation, mais par la réduction du nom- » bre & l'éloignement d'un fils qui auroit été » compté sans son exhérédation «.

Jusqu'ici tout concourt pour nous faire rejeter l'opinion de ceux qui veulent que l'exhérédé fasse nombre. Reste à voir si M. le président Favre & Vandepoll l'établissent mieux ; ces deux auteurs se fondent sur la loi 8, §. 8, au digeste *de inofficioso testamento*. Ce texte est très important pour notre question ; il faut en transcrire les

termes : *Quoniam autem quarta debitæ portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit an exheredatus partem faciat, qui non queritur; ut puta, sumus duo filii exheredati, & utique faciet, ut Papinianus respondit, & si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere proindè si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus, unicum sescuncia, unum ex illis semiuncia querelâ excludit.*

» Comme il suffit de laisser à un enfant le » quart de sa portion *ab intestat*, pour l'exclure » de la querelle d'inofficiosité, il faut examiner » si un exhérédé qui ne se plaint pas, fait part » dans la supputation de cette quarte. Cette ques- » tion peut être proposée dans une espèce où nous » serions deux enfans. Et il faut répondre avec » Papinien, que l'exhérédé fera part : c'est pour- » quoi, si je fais déclarer le testament inofficieux, » je n'aurai droit qu'à la moitié de l'hérédité. » Si donc un aïeul a trois petits-enfans, dont deux » sont nés d'un de ses fils, & le troisième d'un » autre, il faudra pour les exclure de la querelle » d'inofficiosité, qu'il laisse à celui-ci une once » & demie, & à chacun de ceux-là une demi- » once «.

Voilà assurément un texte très-spécieux pour l'opinion de Furgole : cependant cet auteur le trouve étranger à la question ; & à l'entendre, la loi » dit seulement que dans le cas qui y est » expliqué, le fils exhérédé qui garde le silence » & qui ne se plaint pas, doit être compté dans » le nombre de ceux qui peuvent intenter la plainte » d'inofficiosité pour faire renverser le testament ; » par où l'on voit, ajoute Furgole, que ce cas

» eſt différent de la difficulté que nous exa-
» minons «.

D'autres auteurs répondent que cette loi parle d'un enfant exhérédé ſans juſte cauſe, & qui, pouvant intenter ſa querelle d'inofficioſité, ne l'a point encore fait; en ſorte que les mots *non queritur*, doivent s'interpréter par *nondùm queritur*, de même que dans la loi 2, D. *ſi pars hereditatis petatur*, on employe *non adierint*, pour *nondùm adierint*, & dans le §. 9, aux inſtitutes, *de adoptionibus*, *non poſſunt*, pour *nondùm poſſunt*.

Ainſi, dit M. Rouſſilhe, » les enfans exhérédés
» ſont comptés, quoiqu'ils n'aient pas intenté
» la querelle, pourvu qu'ils n'aient pas renoncé
» à la ſucceſſion, parce qu'on préſume qu'ils l'in-
» tenteront avec ſuccès : l'ingratitude ne ſe pré-
» ſume point, au contraire elle doit être prouvée
» clairement. Cependant lorſque l'enfant eſt vala-
» blement exhérédé, en ce cas il ne peut être
» compté, parce qu'il eſt tenu pour mort «.

Apprécions ces deux réponſes : la première, c'eſt-à-dire, celle de Furgole, eſt à tous égards inſoutenable. La loi citée ne décide pas ſeulement ſi le fils exhérédé qui ne ſe plaint pas doit faire nombre dans le partage de l'hérédité ouverte *ab inteſtat*, à la pourſuite d'un des enfans exhérédés injuſtement, elle traite encore la queſtion de ſavoir s'il fait part dans la ſupputation de la Légitime, ou en d'autres termes, s'il doit être compté pour régler la portion qu'un père doit laiſſer à ſes enfans pour les empêcher d'exercer la querelle d'inofficioſité. *Quoniam autem quarta debitæ portionis ſufficit ad excludendam querelam, videndum erit an exheredatus partem*

faciat, qui non queritur, & utique faciet, ut Papinianus respondit. On ne peut certainement rien de plus clair que ces termes.

L'autre réponse est plus embarrassante. Vandepoll & M. le président Favre la rejettent comme une conjecture destituée de toute espèce de fondement. La loi, dit M. Favre, ne parle pas d'un exhérédé qui ne s'est pas encore plaint, mais d'un exhérédé qui ne se plaint pas absolument, c'est-à-dire, qui a renoncé à la querelle ou qui en est exclus par le laps du temps fixé pour l'exercice de cette action. Entendre la loi autrement, c'est la rendre puérile, en la faisant porter sur un cas infiniment clair; car quel doute peut-il y avoir qu'un enfant ne puisse pas prétendre, sur le fondement d'une exhérédation qui peut encore être attaquée & anéantie, une plus forte Légitime qu'il ne devroit avoir de son propre chef?

Ces raisons considérées à part semblent invincibles; mais rapprochons-les du texte dont il s'agit, & elles s'évanouiront d'elles-mêmes. Nous l'avons déjà dit, notre loi propose deux questions; la première, si un exhérédé qui ne se plaint pas, *qui non queritur*, fait part dans la supputation de la Légitime; la seconde, s'il fait part dans l'hérédité qu'un des enfans, exhérédé comme lui, a fait déclarer ouverte *ab intestat.* Elle présente ces deux questions comme dépendantes du même principe, & les décide toutes deux pour l'affirmative. Or, cette décision seroit fausse & détruite par deux autres textes, si, au lieu d'être bornée au cas d'un exhérédé qui diffère de se plaindre, elle avoit pour objet un exhérédé qui eût renoncé à la querelle, ou qui en fût exclus par laps de temps.

En effet, la loi 17, au digeſte *de inofficioſo teſtamento*, dont les paroles ſont rapportées ci-deſſus, dit que l'enfant exhérédé qui a renoncé à la querelle, ne fait point part contre ceux qui l'intentent; en ſorte que ces derniers faiſant déclarer le teſtament inofficieux, recueillent l'hérédité entière *ab inteſtat*, parce que l'autre eſt conſidéré comme mort. La loi 23, §. 2 du même titre, n'eſt pas moins formelle. Lorſqu'un père, dit-elle, a déshérité ſes deux enfans, & qu'ils ont tous deux attaqué le teſtament comme inofficieux, ſi l'un vient à ſe déporter de ſa querelle, ou qu'il s'en laiſſe forclore par laps de temps, ſa part accroît à l'autre. *Si duo ſint filii exheredati, & ambo de inofficioſo teſtamento egerunt, & unus poſteà conſtituit non agere, pars ejus alteri accreſcit, idemque erit & ſi tempore excluſus ſit.*

Que l'on interprète, que l'on commente, que l'on retourne ces deux textes tant que l'on voudra, ou ils ſont abſolument contraires à la loi 8, §. 8 du même titre, ce que l'on ne doit pas ſuppoſer légèrement, ou il faut entendre celle-ci d'un exhérédé qui n'a point encore intenté ſa querelle & qui eſt encore à portée de le faire. Sans doute en ce cas il doit faire part tant pour régler la Légitime de ſes frères, que pour déterminer leurs droits dans la ſucceſſion *ab inteſtat*, parce qu'il eſt juſte de préſumer qu'il fera caſſer ſon exhérédation; mais dans le cas contraire, les deux textes cités ne veulent pas qu'il faſſe part dans l'hérédité que ſes frères ont fait déclarer ouverte *ab inteſtat*, & par la même raiſon il ne doit pas non plus faire part dans la ſupputation de la Légitime, puiſque la loi 8, §. 8, met ces deux choſes

ſur la même ligne, & les fait dépendre du même principe de déciſion. Pourquoi en effet les diſtingueroit-on dans l'eſpèce dont il s'agit, c'eſt-à-dire, dans le cas où un pere qui n'a que deux enfans, les déshérite tous deux & inſtitue un étranger pour ſon héritier ? Lorſque l'un de ces enfans obtient les fins de ſa querelle, & que l'autre en eſt débouté, la portion de celui-ci ne peut accroître à celui-là que, ou parce qu'il eſt de règle qu'un exhérédé ſoit conſidéré comme mort, & par conſéquent ne faſſe point de part, ou parce que l'hérédité étant déclarée ouverte *ab inteſtat* à la pourſuite de l'un des enfans, l'héritier inſtitué ne peut plus y rien prétendre, ni conſéquemment retenir la portion de l'exhérédé. Or, cette dernière raiſon ne ſuffiroit pas pour faire adjuger toute l'hérédité à l'enfant qui s'eſt plaint avec ſuccès, parce qu'en matière de querelle d'inofficioſité, il n'eſt point rare qu'un teſtament étant déclaré inofficieux à l'égard de l'un, & confirmé par rapport à l'autre, l'héritier inſtitué ne retienne la part de celui-ci, tandis que la ſucceſſion eſt conſidérée comme inteſtate relativement à celui-là. C'eſt ce que prouvent la loi 15, §. 2, la loi 24, D. & la loi 13, C. *de inofficioſo teſtamento*, rapportées ci-deſſus, ſection 3, §. 3. Il faut donc néceſſairement admettre pour motif de déciſion des deux textes dont nous parlons, que les enfans exhérédés valablement ne font point part, ſoit dans l'hérédité, ſoit dans la Légitime.

Mais voici une objection à laquelle n'ont point penſé les auteurs qui ont écrit ſur notre queſtion, & qui au premier abord ſemble tourner contre le ſentiment que nous adoptons, le raiſonnement dont Ricard a voulu l'appuyer. La

La Légitime eſt ou le tiers, ou la moitié, ou une quote quelconque de ce que l'on auroit eu *ab inteſtat* : or, ſi le défunt qui la doit étoit mort ſans teſtament, ceux de ſes enfans qui ſont exhérédés ne le feroient pas (*) : il faut donc ſuppoſer qu'ils ſuccèdent, pour régler la Légitime des autres ; & par conſéquent ils doivent faire nombre.

Ce raiſonnement eſt ſpécieux, mais il ne roule que ſur une équivoque. Quand on définit la Légitime d'un enfant, une portion de la portion que cet enfant auroit recueillie *ab inteſtat*, on entend à la vérité qu'il faut conſidérer le défunt comme mort *inteſtat* à ſon égard, mais non pas à l'égard de ſes cohéritiers ; car, nous venons encore de le dire, en cette matière une même ſucceſſion peut, même ſuivant le droit Romain, être déférée partie *ab inteſtat*, & partie en vertu d'un teſtament.

Il ne falloit pas moins que tous ces détails pour faire voir que les exhérédés ne doivent pas faire nombre dans la liquidation de la Légitime ; mais cette réſolution inconteſtable dans la thèſe générale, ſeroit fauſſe dans le cas où le fils déshérité par ſon père auroit antérieurement reçu de lui une donation entre vifs : alors, dit le Brun, il feroit nombre, » parce qu'il auroit été avan-» tagé en avancement d'hoirie & auroit eu une » eſpèce de Légitime (**) ; & cela à l'exemple

(*) Pour ſentir la vérité de cette propoſition, il faut ſe reporter dans l'ancien droit Romain, ſuivant lequel on ne pouvoit exhéréder un enfant que par un teſtament ſolemnel.

(**) *Chopin, ſur la coutume d'Anjou, confirme cette réſolution par un arrêt qu'il rapporte en ces termes :* Si tamen

» de tout autre enfant qui renonce en se tenant à » une donation ; aussi cette donation faite au pro- » fit de l'exhérédé, augmentera la masse des biens » sur laquelle on doit fixer la Légitime. C'est ainsi » que dans les coutumes où les filles mariées sont » exclues de la succession, elles ne laissent pas » de faire part, par ce que leur exclusion présup- » pose ordinairement leur dotation «.

Voyons maintenant ce qu'il faut décider par rapport à ceux qu'une incapacité légale & absolue éloigne de toute succession.

Tout le monde convient que les enfans morts avant leur père ne font point nombre dans sa succession, pour augmenter ou diminuer la Légitime de leurs frères vivans ; & c'est ce qu'a jugé *in terminis* un arrêt du parlement de Rouen du 11 mars 1681, rapporté par Basnage sur l'article 337 de sa coutume : mais on demande s'il ne faut pas excepter de cette règle l'enfant décédé qui a été donataire de son père. La raison de douter, est que sa donation augmente la masse des biens sur laquelle on fixe la Légitime ; la raison de décider, est que la seule qualité de donataire ne suffit pas pour faire entrer celui en qui elle se trouve, dans la supputation dont il s'agit ; en effet, elle n'a cette vertu que lorsqu'elle est jointe à la qualité d'enfant, ce qui ne peut pas avoir lieu dans notre espèce, puisqu'au temps de l'ouverture de la succession l'enfant n'existe plus.

---

exheres esse jussus, à patre anteà susceperit paternove beneficio venale munus publicum, quasi prerogationem juris hereditarii, is facit partem, licet non vocatur ad partem : sicuti à senatorio Parisiorum ordine decretum est, palamque solemni ritu prolatum postridie idus sextiles anni 1589.

Les perſonnes condamnées pour toujours aux galères ou au banniſſement hors du royaume, ne font point nombre ; tous les auteurs conviennent de cette vérité. On décide généralement la même choſe relativement aux bâtards, ou du moins s'il y a une exception à leur égard, ce n'eſt que dans le petit nombre de coutumes où ils ſuccèdent concurremment avec les enfans Légitimes.

On ne croiroit pas ſans doute qu'aucun auteur ait oſé mettre les religieux profès au nombre de ceux qui doivent entrer dans la ſupputation de la Légitime ; c'eſt cependant ce qu'a fait un certain Battandier cité par M. Grivel ; mais cette opinion ſingulière ne peut être reçue que dans la Franche-Comté, où la profeſſion ne rend pas les religieux incapables de ſuccéder : encore les capucins & les récollets qui ſont frappés dans cette province de la même incapacité que par-tout ailleurs, n'y ſont-ils pas non plus comptés pour régler la Légitime de leurs frères & ſœurs : c'eſt ce qui a été jugé, dit M. Grivel, par arrêt du parlement de Dole » du 30 août 1600, en la cauſe de » demoiſelle Charlotte Dard, ſuppliante, contre » Guillaume Dard, défendeur «.

Les autres parlemens jugent conſtamment la même choſe, ſans diſtinguer les religieux mendians d'avec les autres. Il y en a un arrêt dans Chopin, du 7 décembre 1543 ; un autre dans Expilly, du 5 mars 1558 ; un troiſième dans Bérault, du 7 mai de la même année ; un quatrième dans M. Maynard, du 20 juillet 1585 ; un cinquième dans Baſnage, du 11 mars 1681 ; un ſixième dans Dupertier, rendu par forme de règlement en 1617 ; un ſeptième dans le même auteur, du 23 juin 1632.

Nous avons quatre coutumes qui adoptent expreſſément cette juriſprudence. Ce ſont Bourbonnois, article 319 (*); Auvergne, chapitre 12, article 14 (**); la Marche, article 319 (***); & Mirebeau, article 248 d'Anjou, dont elle eſt locale (****).

Mais n'en eſt-il pas autrement lorſque le religieux a reçu une dot lors de ſon entrée dans le cloître? Dumoulin le penſoit ainſi, car il écrivoit ſur l'article cité de la coutume d'Auvergne, que la diſpoſition n'en devoit avoir lieu qu'au cas où la profeſſion eût été entiérement gratuite, ou du moins eût coûté fort peu de choſe. *Scilicet ſi nihil vel modicum accepit, ut jure pontificio non licet dare pro ingreſſu, aliàs computabitur, ad finem tamen augendæ Legitimæ.* Cette opinion n'eſt pas deſtituée de probabilité: il en coûte quelquefois plus pour placer une fille en religion que pour la marier: or, nous avons prouvé ci-deſſus, que

(*) Le monaſtère ou religion auquel quelqu'un a fait profeſſion .... ne ſuccède aux père, mère, n'autres lignagers d'icelui profès, ſoient leſdites ſucceſſions échues ou à écheoir; mais y ſuccèdent les autres parens, tout ainſi qu'ils feroient ſi ledit religieux étoit décédé: car il ne fait part & portion ne nombre pour la computation de la Légitime; mais eſt réputé comme perſonne morte.

(**) Et ne fait le religieux profès aucune part & portion ne nombre d'enfans pour la computation de la Légitime; mais eſt réputé perſonne morte.

(***) Les biens de ceux qui entrent en religion & y font profeſſion .... retournent aux plus prochains parens .... & eſt le religieux réputé perſonne morte, & ne fait nombre entre les enfans en computation de Légitime.

(****) En la châtellenie de Mirebeau ſe départira la ſucceſſion tout ainſi que ſi ledit religieux ou religieuſe fuſſent morts au temps de leur profeſſion.

la renonciation faite par une fille qui se marie, à la succession de ses père & mère, n'empêche pas qu'elle ne fasse nombre pour le règlement de la Légitime de ses frères & sœurs; il semble donc que l'on doit en décider de même relativement à la fille exclusé par la profession religieuse. D'ailleurs on vient de voir que l'enfant déshérité doit être compté lorsque son père lui a fait de son vivant une donation entre vifs : or, l'exclusion d'un religieux ne diffère pas de celle d'un exhérédé, il faut par conséquent appliquer à l'un ce qui a été établi par rapport à l'autre.

Mais ces raisons & l'opinion dont elles forment la base, s'évanouissent, lorsque l'on fait attention à deux choses essentielles; la première, qu'un religieux profès est exclus par inhabilité & par mort civile; au lieu que l'enfant qui a renoncé ou qui a été déshérité, conserve une capacité habituelle de succéder; la seconde, qu'une constitution de dot pour entrée en religion, n'est pas une donation faite au religieux, mais un contrat onéreux passé avec le monastère; au lieu que quand on donne, soit à une fille qui se marie, soit à un enfant que l'on déshérite après, c'est avec eux que l'on traite, & c'est à leur personne même que l'on fournit l'avantage qui les fait entrer dans la supputation de la Légitime.

Ainsi quoique l'article 257 de la coutume de Normandie ordonne que *fille mariée avenant que ses sœurs soient reçues à partage, fait part au profit de ses frères*, ce seroit une erreur de croire qu'il en dût être de même des religieuses dotées. » Cela a été jugé, dit Basnage, par plusieurs arrêts fondés sur cette raison, que la coutume ne parle que des filles mariées, & qu'il

» falloit s'attacher aux termes précis de la loi. » La question fut jugée solemnellement en la grand-» chambre, le 9 de mars 1646, plaidant Baudry » pour les Bidou frères, qui soutenoient que cet » article parlant des filles mariées, s'entendoit » aussi des religieuses, leur profession étant un » mariage spirituel. Coquerel disoit au contraire » pour Fouqueron, qui avoit épousé leur sœur, » que l'on devoit considérer la capacité de suc-» céder; que les religieuses en étoient incapables, » & qu'on ne pouvoit plus douter de cette » maxime, après tous les arrêts qui l'avoient éta-» blie, dont le dernier avoit été donné contre » les sieurs de Cressanville-Bailleul. Autre arrêt » du 4 de mars 1638, entre le sieur du Plessis-Châ-» tillon & son frère «.

Cette décision, quoique fondée sur les principes les plus clairs, n'est cependant pas sans exception. Elle n'a pas lieu dans les successions nobles qui sont réglées par les coutumes de Bretagne & d'Anjou, parce que ces loix font accroître aux fils aînés les portions qu'auroient prises en demeurant dans le monde leurs frères & sœurs engagés dans la religion. On a rapporté ci-dessus l'article de la coutume de Bretagne qui renferme cette disposition; voici comme elle est exprimée dans l'article 248 de la coutume d'Anjou: » Si noble homme met » son fils ou fille en religion, le fils aîné d'i-» celui homme noble prendra en la succession la » portion qui y eût prise ledit fils ou fille reli-» gieux ou religieuse, s'ils fussent demeurés sé-» culiers «.

On peut demander si dans ces deux coutumes il faut qu'un religieux ait été doté lors de sa profession, pour qu'il fasse nombre dans la suppu-

tation de la Légitime. Mais comme cette question dépend de celle de savoir si dans ces mêmes coutumes la part d'un religieux qui n'a point reçu de dot accroît à l'aîné seul, ou à la masse de l'hérédité, elle sera mieux placée sous l'article SUCCESSION; ainsi voyez ce mot.

La règle générale qui exclut les religieux profès de la supputation de la Légitime, a-t elle lieu à l'égard des chevaliers de Malthe? M. le président Favre ne forme aucun doute sur l'affirmative. *Itaque*, dit-il, *nec partem faciunt, tantùm abest ut ad partem admitti possint: regulariter enim non facit partem qui nec admittitur, nec admitti speratur ad partem.* M. Roussilhe dit pareillement que l'on ne compte pas les religieux profès, » *ni les chevaliers de Malthe* «.

Nous trouvons cependant deux arrêts du parlement de Provence qui ont jugé le contraire; le premier a été rendu par forme de réglement en 1617; l'autre est intervenu le 30 mai 1661; celui-ci fait partie du recueil de Boniface; celui-là est rapporté en ces termes par l'additionnaire de Duperrier: » L'arrêt de 1617 excepta les chevaliers de Malthe, qui, quoiqu'ils n'aient point » de Légitime à prendre, font nombre, *faciunt* » *partem, licet non admittantur ad partem.* Ils « comptent parce que la succession reste chargée » de les racheter, s'ils sont faits esclaves «.

Il paroît difficile de concilier cette jurisprudence avec les principes. La règle générale est que les incapables de succéder ne font point nombre: les chevaliers de Malthe sont certainement dans les liens de la même incapacité que les autres religieux; il faut donc une loi ou une raison particulière pour les faire entrer dans la suppu-

tation de la Légitime. Or il n'y a point de loi qui les excepte à cet égard de la condition commune des incapables ; & l'on ne peut donner aucune raiſon ſolide pour prouver qu'ils doivent être exceptés.

En effet, ſeroit-ce parce que leur famille eſt obligée de leur payer des penſions juſqu'à ce que l'ordre fourniſſe à tous leurs beſoins ? Mais on vient de voir que les autres religieux ne font pas nombre, quoiqu'ils aient reçu des dots en entrant dans le cloître ; & le motif de cette déciſion s'applique ici avec la plus grande juſteſſe ; car ſi les chevaliers de Malthe ont droit à des penſions tant qu'ils ne ſont pas pourvus de commanderies, c'eſt parce que l'ordre ne les nourrit pas, ſi ce n'eſt lorſqu'ils ſont à Malthe ; & par conſéquent ce n'eſt, à proprement parler, qu'à la décharge de l'ordre & pour ſon avantage que ſe fait le payement des penſions dont il s'agit.

Seroit-ce, comme le dit l'aditionnaire de Duperrier, parce que les chevaliers de Malthe ont droit, lorſqu'ils ſont faits eſclaves, de demander une Légitime ſur les biens de leurs pères & mères ou autres aſcendans, pour racheter leur liberté ? Mais 1°. c'eſt encore pour la décharge de l'ordre que ce droit a été établi ; car naturellement un chevalier de Malthe ne devroit tenir ſa rançon que des compagnons de ſes périls & de ſes frères ſpirituels. On peut donc regarder la Légitime qu'on lui fournit pour le tirer de la captivité, ſoit comme un préſent que ſa famille fait à ſon ordre, ſoit comme une dette dont elle s'acquitte envers le même corps ; & ſous l'un & l'autre point de vue, on ne peut, ſans bleſſer les premiers

principes, conclure de là qu'il doive faire nombre dans la supputation de la Légitime de ses frères & sœurs. Les autres religieux peuvent demander des alimens sur les biens de leurs pères & mères, lorsque leurs couvens sont ruinés ou détruits; le Brun le décide ainsi, & l'on ne s'est jamais avisé d'en tirer un argument pour les faire entrer en nombre. 2°. Quand on voudroit considérer la rançon d'un chevalier de Malthe comme une vraie Légitime qui lui seroit due personnellement, il ne s'ensuivroit pas encore qu'il dût être compté indistinctement : il ne pourroit l'être que dans le cas où il se trouveroit captif au moment de l'ouverture de la succession; car de vouloir actuellement diminuer ou augmenter de son chef la portion légitimaire de ses frères & sœurs, sous prétexte qu'il peut un jour tomber dans les fers des infideles, ce seroit une prétention aussi insoutenable que celle d'un héritier qui voudroit prélever dès-à-présent sur les biens sujets à la Légitime, le montant d'une dette contractée sous une condition qui n'est pas encore arrivée & qui peut-être n'arrivera jamais. Pour tout dire en peu de mots, & considérer les choses sous l'aspect le plus favorable à la jurisprudence du parlement d'Aix, un chevalier de Malthe ne peut exiger de Légitime que pour payer sa rançon; il ne doit donc être compté dans le règlement de la Légitime des autres, que sous la condition qu'il aura un jour besoin d'une rançon, & par conséquent il faut liquider les portions de ses frères & sœurs, comme s'il n'existoit pas, sauf à les augmenter ou diminuer dans la suite, s'il vient à perdre sa liberté.

Ceux qui ont laissé prescrire leur portion lé-

gitimaire, font nombre pour régler celle des autres; le parlement de Toulouse l'a ainsi jugé par plusieurs arrêts rapportés dans le journal de cette cour de 1702, page 489. La raison de cette jurisprudence est que la prescription équivaut à un payement effectif; si le légitimaire qui est exclus par cette voie avoit reçu sa portion, il feroit certainement nombre; il doit donc le faire également dans l'espèce dont il s'agit. C'est sur le même fondement que l'on décide d'après deux arrêts des 14 février 1681 & 8 juillet 1696, cités par M. de Catelan, que l'héritier grevé qui a acquis pendant sa jouissance la prescription d'une Légitime, est en droit d'en faire la détraction sur les biens substitués, comme s'il l'avoit payée réellement.

Nous avons dit au commencement de cette section, que tous ceux qui ont droit de Légitime & qui l'exercent réellement, ou le confondent en se portant héritiers, doivent faire nombre dans la supputation dont il s'agit. Faut-il dire la même chose de ceux qui, sans avoir le droit d'exiger une Légitime, sont appelés à la succession *ab intestat*? Cette question peut se présenter dans deux espèces différentes. Voici la première.

Un homme riche laisse en mourant une femme pauvre & des enfans. Suivant l'authentique *præterea*, qui est tirée du chapitre 5 de la novelle 117, & que l'on suit exactement dans les pays de droit écrit, la femme pauvre a droit de prendre un quart dans la succession, s'il n'y a que trois héritiers, & une part afférente, s'ils sont en plus grand nombre. Dans ce cas, sur quel pied réglera-t-on la Légitime des enfans? S'ils sont quatre, leur mère fera-t-elle une tête pour porter cette portion à la moitié de leur part *ab intestat*, comme s'ils

étoient cinq ? Et en quelque nombre qu'ils soient, faudra-t-il estimer leur tiers ou leur moitié relativement à ce qu'ils prendroient si leur mère ne succédoit pas, ou ne fera-t-on entrer dans cette estimation que ce qui leur seroit resté, déduction faite de la portion de leur mère, si le défunt n'avoit pas disposé ? Cette question n'a encore été élevée par aucun auteur ; mais il suffit qu'elle puisse se présenter, pour que nous ne la passions pas sous silence. Le principe de sa décision nous paroît renfermé dans ces termes du texte cité : *Ita quippè ut solum usum in talibus rebus mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit.* Ces paroles font voir que la femme pauvre n'a, lorsqu'elle concourt avec des enfans, que l'usufruit de son quart ou de sa portion afférente. Cela posé, il ne sera pas difficile de démontrer qu'elle ne doit point faire nombre.

Le concours de la femme pauvre avec les enfans ne diminue pas les portions de ceux-ci ; elle n'emporte qu'un simple usufruit, & les légitimaires exercent leurs droits de propriété sur toute la masse de la succession, comme si elle n'y intervenoit pas ; elle ne doit donc être considérée ni pour augmenter, ni pour diminuer leur Légitime.

On objectera sans doute qu'en la retranchant ainsi de la supputation, on charge d'usufruit une partie des biens compris dans la Légitime des enfans, ce qui est directement contraire aux principes, comme on l'a vu ci-devant.

Mais la défense de grever un légitimaire n'a trait qu'aux charges imposées par la volonté de l'homme, & elle est sans effet par rapport aux charges qui proviennent de la loi. C'est ainsi que dans les pays de droit écrit un père ne laisse pas,

malgré cette défenſe, d'avoir l'uſufruit des biens que ſes enfans non émancipés ont pris à titre de Légitime dans la ſucceſſion de leur mère Pourquoi donc une mère ne pourroit-elle pas également exercer ſur une partie de la Légitime de ſes enfans un droit d'uſufruit que la loi lui donne en termes généraux & illimités ?

D'ailleurs, la portion que la novelle 117 accorde à la femme pauvre, n'eſt deſtinée qu'à lui procurer des alimens. Or, les enfans qui n'ont reçu de leur père qu'une Légitime ne ſont certainement pas diſpenſés de fournir à la ſubſiſtance de leur mère indigente : la ſeule différence qu'il y a à cet égard entre eux & leurs frères héritiers univerſels, c'eſt qu'ils ne doivent contribuer qu'à proportion de leur fortune comparée à celle de ces derniers. Il faut donc qu'ils ſouffrent l'exercice de cet uſufruit ſur une partie de leur Légitime, comme leurs frères le ſouffrent ſur une partie du lot qui leur a été aſſigné.

La ſeconde eſpèce dans laquelle la queſtion propoſée peut ſe préſenter, n'eſt pas moins remarquable que la première. Un teſtateur qui n'a point d'enfans laiſſe un aſcendant avec des frères germains ; il inſtitue, ſoit un de ceux-ci, ſoit un étranger, & réduit l'aſcendant à ſa Légitime. Cette Légitime ſera-t-elle le tiers de tous les biens du défunt, ou ſeulement de la portion que le légitimaire auroit eue *ab inteſtat* ? Le droit coutumier ne met point de différence entre ces deux hypothèſes, parce qu'il ne fait point concourir *ab inteſtat* les frères germains avec les père & mère ; au moins dans les biens ſur leſquels ces derniers ont droit de Légitime. Mais le droit écrit admettant les uns à partager également avec les autres,

on sent qu'il est plus avantageux à un père de prendre sa Légitime sur tous les biens, que sur sa portion *ab intestat*. Ainsi notre question se réduit à savoir si les frères germains, qui sont au nombre des successeurs légaux du défunt, mais qui ne peuvent impugner son testament, hors le cas d'institution d'une personne infame, font part dans la supputation d'une Légitime à laquelle ils n'ont eux-mêmes rien à prétendre.

Soutenir l'affirmative, c'est, comme on le voit, prétendre que pour régler la Légitime d'un ascendant il faut déduire de la succession la part que les frères germains en auroient recueillie, si le défunt n'avoit pas disposé. Soutenir la négative, c'est vouloir au contraire que la Légitime de l'ascendant soit prise sur toute la masse de l'hérédité, comme s'il étoit le seul appelé par la loi, à défaut de testament.

La première opinion ne manque pas de sectateurs; tels sont principalement Bartole sur la loi 14, au digeste *de inofficioso testamento*; Henrys, tome 1, livre 6, question 26; & M. Favre, *de erroribus pragmaticorum*, decade 15, chapitre 4. La raison sur laquelle ils se fondent est très-spécieuse. La Légitime, disent-ils, n'est qu'une partie, réservée par la loi, de la portion héréditaire; ce n'est donc que sur la portion héréditaire qu'elle peut être prise. Or, les ascendans auroient concouru avec les frères germains, si le défunt étoit mort *intestat*; leur Légitime ne peut donc être que le tiers ou la moitié de la portion virile qu'ils auroient eue en ce cas. C'est aussi ce qu'ont jugé deux arrêts; l'un du parlement de Paris, du 23 mars 1633, rapporté par Henrys; l'autre rendu au parlement de Dijon en 1669, & rapporté par

Taiſand ſur la coutume de Bourgogne, titre 7, article 7.

L'opinion contraire a pour défenſeurs Balde & Paul de Caſtres ſur la loi 34, au digeſte *de legatis* 1°.; Deſpeiſſes, *de la Légitime*, ſection 2, n. 3; le Brun, livre 2, chapitre 3, ſection 3; Henrys lui-même, tome 2, livre 6, queſtion 12; Voët ſur le digeſte, livre 5, titre 2, n. 47; & enfin tous les auteurs qui ont traité la queſtion, ſi l'on en excepte Bartole & M. Favre. C'eſt ce que reconnoît ce dernier en termes bien formels. *Unà omnes, excepto Bartolo, pro matre reſponderunt ſcilicet defuncto filio, ſuperſtite matre, item duobus aut tribus fratribus & extraneo herede inſtituto, non turpi perſonâ, Legitimam matris tertiam eſſe debere totius hereditatis, non tertiam trientis.* Cette opinion eſt fondée ſur des raiſons qui ne peuvent manquer de paroître judicieuſes. Les frères germains n'ont été admis à ſuccéder *ab inteſtat* concurremment avec les aſcendans, que par un privilége particulier. Or, ce privilége ceſſe à leur égard dans l'eſpèce propoſée; le teſtament du défunt fait en faveur d'une perſonne non infame, remet les choſes ſur le pied réglé par le droit commun, ſuivant lequel les aſcendans peuvent prétendre toute la ſucceſſion, & par conſéquent leur Légitime ſur la maſſe de tous les biens, lorſqu'ils s'y trouvent réduits. D'ailleurs, ajoute le Brun, » la faculté que l'on accorde » aux frères germains de venir en concurrence » dans la ſucceſſion *ab inteſtat* avec des aſcendans, » ne doit pas faire que celui qui laiſſe un père & » des frères diſpoſe plus pleinement de ſon bien » au profit d'un étranger, que s'il n'avoit que » ſon père, ce qui arriveroit ſelon l'opinion de

» Bartole : car le père qui, *fratribus non existen-* » *tibus*, auroit eu le tiers pour sa Légitime, *fra-* » *tribus existentibus*, n'auroit que le tiers de ce » qu'il auroit eu *ab intestat* : ainsi le défunt auroit » pu disposer de beaucoup plus par la seule » raison qu'il laissoit des frères, ce qui ne se doit » pas admettre «.

Voici une autre raison que ne donnent pas les auteurs cités, & qui cependant est très-concluante : Le concours des frères avec les ascendans n'a été établi comme un droit commun que par la novelle 118 ; avant cette époque, il n'avoit lieu que dans certains cas : ainsi hors ces cas, la Légitime des ascendans ne pouvoit être prise que sur toute la succession ; la novelle 118 n'a point dérogé expressément à cette jurisprudence ; on doit donc encore la regarder comme subsistante, car toute dérogation est de droit étroit, & si quelquefois il est permis d'en suppléer une par des inductions & des conséquences, on ne doit certainement pas le faire pour diminuer une portion aussi favorable & aussi précieuse que la Légitime. D'un autre côté, il y avoit, comme nous venons de le dire, dans l'ancien droit Romain, des loix qui appeloient en certains cas les frères & sœurs avec les ascendans (*). Or, ces loix n'ont pas empêché Justinien d'établir indistinctement par la novelle 18, que la Légitime des ascendans seroit le tiers ou la moitié de toute la succession *ab intestat* de leurs enfans ; & assurément il n'auroit pas parlé en termes aussi généraux, s'il avoit

(*) Voyez la loi dernière, au code *ad senatusconsultum Tertullianum* ; le §. 5, aux institutes *de senatusconsulto Tertulliano*, & plusieurs autres loix du digeste & du code.

été dans son intention que cette Légitime fût diminuée par le concours des frères & des sœurs.

Il ne faut pas même aller si loin pour sentir la justice & l'exactitude de l'avis de Balde & de ses sectateurs, il suffit pour cela d'apprécier la raison qu'y opposent Bartole & M. Favre; c'est, disent-ils, que la Légitime n'est qu'une portion de la portion *ab intestat*, *pars ejus quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset*, suivant les propres termes de la loi 8, §. 6, D. *de inofficioso testamento*. Le Brun répond, » que quand l'ancien droit a défini ainsi la » Légitime, ç'a été sur la présupposition que » ceux qui auroient concouru avec le légitimaire » en la succession *ab intestat*, devoient concourir » avec lui dans la Légitime « (ce qui arrivoit presque toujours dans la jurisprudence du digeste & du code). Mais comme (par le droit des » novelles) la Légitime & la succession n'ont » pas toujours les mêmes règles, & que, par » exemple, des neveux qui viennent avec des » frères à la succession par représentation, ne » viennent pas avec eux à la querelle d'inoffi- » ciosité, dans le cas que les frères y soient » appelés « (c'est-à-dire, lorsque le défunt a institué une personne infame) : » lorsqu'il arrive » ainsi que le légitimaire a moins de concurrens » dans la Légitime qu'il n'en auroit eu dans » la succession, la Légitime devient une quo- » tité des biens, plutôt que de la portion hé- » réditaire «.

Cette réponse n'est peut-être pas tout-à-fait satisfaisante; il seroit & plus exact & plus péremptoire de dire, qu'en prenant la Légitime des ascendans

ascendans sur toute la masse des biens, on ne la prend réellement que sur ce qui leur seroit revenu *ab intestat*, non pas à la vérité dans toutes les circonstances, mais au moins dans une espèce qui suffit seule pour vérifier à leur égard la définition que l'on donne communément de la Légitime. En effet, supposons que le défunt ait entiérement passé sous silence le père, la mère, ou l'aïeul à qui il devoit une Légitime; dans ce cas, le père, la mère, ou l'aïeul fera, suivant les loix Romaines, casser le testament comme inofficieux, & déclarer la succession ouverte *ab intestat*, non pour que ses enfans viennent la partager avec lui, mais pour la recueillir seul & l'appliquer à son profit singulier. Or, pour faire cesser la querelle d'inofficiosité, il faut laisser à celui qui peut l'intenter une quotité réglée par les loix, de ce qu'il auroit eu en l'exerçant; ce n'est donc que sur toute l'hérédité que doit être prise la Légitime d'un ascendant, &, par une conséquence nécessaire, les frères germains ne doivent point être comptés pour en fixer la supputation.

C'est aussi ce qu'ont jugé une foule d'arrêts. Pierre-Antoine de Petra en rapporte un rendu en 1525 par la Rote de Plaisance, en faveur de la comtesse de Toisca, *fuit judicatum Legitimam esse tertiam partem omnium bonorum.*

Le conseil souverain de Naples a jugé de même pour une autre mère. *Sacra audientia judicavit quòd Legitima debita matri sit triens totius*, dit Vivius.

Jean-François de Ponte, président du même tribunal, dit en son conseil 68, que cette dé-

ciſion y a encore été ſuivie pour le duc de Nerini.

Mercurialis Merlini, en ſon traité de la Légitime, rapporte un arrêt ſemblable émané de la Rote de Rome en 1578.

Le préſident Theſauro, déciſion 162, nous en fournit un autre rendu au ſénat de Turin, *conſultis claſſibus*; & M. Belon, premier préſident de cette cour, établit la même doctrine en ſon traité *de jure accreſcendi*.

Le ſénat de Chambéry l'a également adoptée par arrêt du 23 décembre 1594, inſéré dans le code de M. Favre, livre 6, titre 8, defin. 22.

Nous ne trouvons pas moins d'arrêts pour cette opinion dans les faſtes de la juriſprudence Françoiſe, que dans les auteurs étrangers. Henrys en rapporte un rendu au parlement de Paris en 1658. Il y en a un autre intervenu en la même cour le 9 juillet 1683, après que la queſtion eût été agitée pendant quatre ſéances, en la troiſième des enquêtes : ce ſont les rédacteurs du journal du palais qui le rapportent, & ils ajoutent : » Le » parlement de Grenoble a pareillement rendu un » arrêt célèbre en 1569, confirmatif de la ſen- » tence du vice-bailli de Vienne, qui avoit in- » firmé la ſentence du juge de Vienne ; & en » la réformant, adjuge à Jeanne Bruiere la troi- » ſième partie de tous les biens d'Antoinette Guil- » lemard ſa fille pour ſa Légitime ; & la même » choſe avoit été jugée au même parlement pour » Louiſe Gruel, à laquelle la cour adjugea le » tiers de tous les biens que poſſédoit Antoine » Dalojon ſon fils «.

Ce que le parlement de Grenoble jugeoit dans le ſeizième ſiècle, il le jugeoit encore dans le

siècle suivant : Basset en rapporte deux arrêts des 19 décembre 1640 & 5 mai 1641 : ce dernier a été rendu de l'avis de toutes les chambres & par forme de règlement.

Boniface nous en a conservé un du 22 juin 1626, prononcé en robes rouges au parlement d'Aix, les trois chambres assemblées, qui a pareillement adjugé à une mère le tiers de tous les biens d'un défunt pour sa Légitime, nonobstant l'existence de plusieurs frères germains qui auroient concouru avec elle *ab intestat*.

Féron, sur la coutume de Bordeaux, assure que cette maxime étoit suivie de son temps au parlement de la même ville, *communi calculo*.

Le parlement de Toulouse s'est aussi fait là-dessus une jurisprudence constante. Despeisses & M. Catelan en rapportent trois arrêts des 23 décembre 1588, 16 octobre 1593, & 30 avril 1676.

Il est vrai que cette cour a jugé le contraire par quatre arrêts des 26 avril 1617, 21 mai 1629, 24 février 1631, & 2 juin 1634, rapportés par M. d'Olive ; mais c'étoit dans des cas où les défunts avoient institué leurs freres ; & M. d'Olive atteste lui-même que le parlement de Toulouse mettoit à cet égard une différence entre l'institution d'un frere & celle d'un étranger ; en sorte que quand la première avoit lieu, il regloit la Légitime des ascendans sur leur portion *ab intestat*, & que dans l'espèce de la seconde, il la fixoit toujours relativement à la totalité des biens.

C'est aussi sur le fondement de cette distinction qu'a été jugé au parlement de Paris, le 10 juillet 1691, sur les conclusions de M. l'avocat-général de Lamoignon, que la Légitime d'un père do-

micilié dans le Forez, sur les biens de son fils qui avoit institué un autre de ses enfans, devoit être réduite au tiers de ce qu'il auroit eu sans testament. Cet arrêt est rapporté par Bretonnier qui avoit plaidé la cause.

Mais cette distinction est-elle juste & fondée sur les principes? Le Brun, Voët & plusieurs autres auteurs ne forment aucun doute sur l'affirmative : ils prétendent que les frères germains doivent faire nombre quand ils sont institués, parce qu'alors, loin de pouvoir dire que le testament du défunt remet les choses dans l'état du droit commun, suivant lequel les frères ne concourent jamais avec les ascendans, il faut au contraire regarder la disposition du défunt comme une confirmation du privilége accordé aux frères par la novelle 118, de succéder concurremment avec les père & mère; ce qui, suivant les mêmes auteurs, doit empêcher que les ascendans ne soient censés les seuls successeurs *ab intestat*, & conséquemment qu'ils ne prennent leur Légitime sur la totalité de la succession.

Cette opinion a fait naître la question de savoir si les frères germains institués devoient aussi faire nombre pour augmenter la quotité de la Légitime de leurs père & mère, c'est-à-dire, pour la porter à la moitié de la portion *ab intestat*, lorsqu'ils se trouveroient, par exemple, au nombre de quatre, & qu'il y auroit un ou deux ascendans. L'affirmative a été prononcée par arrêt du parlement de Toulouse du 24 octobre 1625; mais M. d'Olive n'approuve pas cette décision, & le Brun pense de même.

Mais on se seroit dispensé d'entrer dans cette question, si l'on avoit bien pesé les vrais prin-

cipes de la matière, & si, comme l'a fait le parlement de Grenoble par son arrêt de réglement du 5 mai 1641, on avoit rejetté la distinction établie par les arrêts de Paris & de Toulouse, entre le cas où le défunt a institué un étranger & celui où il a choisi un frère pour son héritier.

Pourquoi en effet les frères germains institués feroient-ils part dans la Légitime de leurs père & mère? Ne peut-on pas dire en ce cas, comme lorsqu'ils sont prétérits, que leur existence ne doit pas donner à leur frère une plus grande liberté de disposer? Ne peut-on pas aussi ajouter que la novelle 18 n'a point distingué en fixant la Légitime des ascendans au tiers ou à la moitié de toute la succession, si le défunt instituoit des étrangers ou ses frères, & que la novelle 118 n'a pas apporté le moindre changement à cette fixation, lorsqu'elle a appelé les frères germains concurremment avec les père & mère? Enfin si un enfant passoit son père sous silence, l'institution qu'il auroit faite de ses frères n'empêcheroit certainement pas que le père ne se fît adjuger toute la succession comme ouverte *ab intestat*. Or, quand un fils laisse une Légitime à son père, c'est pour empêcher l'effet de la querelle d'inofficiosité; il faut donc déterminer cette Légitime relativement à ce qui seroit revenu au père en cas de prétérition, c'est-à-dire, relativement à la totalité des biens; & en cela on ne prend pour règle que la succession *ab intestat*, car dans le droit écrit c'est la même chose, lorsque la querelle d'inofficiosité réussit, d'être mort sans testament, ou d'avoir fait un testament vicié par la prétérition.

Nous ne sommes entrés dans tous ces détails que parce qu'ils tiennent à des principes qui influent sur une infinité d'autres questions ; car celle que nous agitons ici est nettement décidée en faveur du parti que nous soutenons, & cela par l'article 61 de l'ordonnance de 1735, dont voici les termes : » La quotité de la Légitime des » ascendans dans les lieux où elle leur est due sur » les biens de leurs enfans ou descendans qui » n'ont point laissé d'enfans, & qui ont fait un » testament, sera réglée eu égard au total desdits biens, & non sur le pied de la portion qui » auroit appartenu auxdits ascendans, s'ils eussent » recueilli lesdits biens *ab intestat*, concurremment avec les frères germains du défunt ; ce » qui aura lieu, soit que ledit défunt ait institué » héritiers ses frères ou sœurs, ou qu'il ait institué » des étrangers «.

Cette disposition & les raisons qui l'ont motivée, amènent naturellement la résolution d'une difficulté de la même espèce que la précédente ; c'est de savoir si dans les cas où il est dû une Légitime aux frères germains ou consanguins, on doit pour la régler compter les neveux que le droit de représentation auroit fait concourir avec eux, si le défunt étoit mort *intestat*. On sent, d'après tout ce que nous venons de dire, que la négative ne peut souffrir le moindre doute, soit que le défunt ait institué un étranger, soit qu'il ait appelé ses neveux préférablement à ses frères.

§. II. *De la supputation de la Légitime considérée par rapport aux biens sur lesquels elle doit être prise.*

Cette matière nous présente deux objets à discuter : 1°. quels sont les biens sujets à la Légitime ? 2°. comment faut-il considérer ces biens pour former la Légitime ?

Premier objet. Des biens qui sont sujets à la Légitime.

Nous avons sur ce point huit questions principales à examiner ; elles consistent à savoir si & comment la Légitime peut être prise : 1°. sur les biens dont le défunt a disposé, soit entre vifs, soit à cause de mort : 2°. sur ceux qui étoient substitués dans sa personne : 3°. sur ceux qui ont été confisqués sur lui : 4°. sur ceux dont le légitimaire est exclus par la coutume : 5°. sur ceux compris dans les préciputs établis en faveur de certains héritiers : 6°. sur le douaire propre aux enfans : 7°. sur les gains nuptiaux & de survie : 8°. sur les biens qui ont déjà souffert une détraction de Légitime.

PREMIÈRE QUESTION. *Les biens dont le défunt a disposé, soit entre vifs, soit à cause de mort, sont-ils sujets à la Légitime, & comment y contribuent-ils* (*) ?

On n'a jamais douté que la Légitime ne dût être prise sur les biens dont le défunt avoit dis-

(*) L'ordonnance de 1731 a décidé plusieurs points de

posé à cause de mort : c'est la conséquence nécessaire de la loi 8, § 6, D. *de inofficioso testamento*, qui définit la Légitime, une partie de ce que l'on auroit eu, si le défunt n'avoit pas fait d'acte de dernière volonté, *pars ejus quod ad (heredem) perventurum esset, si intestatus paterfamilias decessisset.*

La coutume de Paris contient même là-dessus une décision expresse ; elle veut, article 298, que la Légitime soit » la moitié de telle part & » portion que chacun enfant eût eue en la succession desdits père & mère, aïeul ou aïeule, » ou autres ascendans, si lesdits père & mère ou » autres ascendans n'eussent disposé par..... dernière volonté «.

L'article 34 de l'ordonnance de 1731 confirme cette disposition : » Si les biens que le donateur » aura laissés en mourant, sans en avoir disposé, » ou sans l'avoir fait autrement que par des disposi- » sitions de dernière volonté, ne suffisent pas pour » fournir la Légitime des enfans.... «.

Les legs pieux sont-ils compris dans cette décision ? La raison de douter, est qu'ils ne sont pas sujets au retranchement de la falcidie (*), & que la Légitime est souvent appelée falcidie

---

cette question ; cependant nous la traiterons ici comme si elle étoit encore tout-à-fait entière, parce que cet ouvrage se répand hors du royaume ; que d'ailleurs il s'élève encore parmi nous des contestations sur des actes antérieurs à 1731, & qu'enfin il est toujours essentiel pour un jurisconsulte de connoître les principes qui ont dicté les loix nouvelles.

(*) Quomodò ferendum est hoc quod in sacrum venerit per falcidiam, vel aliam occasionem minui .... ? Sine falcidiæ ratione pauperibus qui in civitate sunt, vel penitùs mendi-

dans les textes du droit (*). Néanmoins Ricard, le Brun, Ferriere, décident nettement le contraire, & Furgole adopte leur avis sans difficulté, » parce » que les legs & donations pieuses ne sont privilégiés » qu'autant que les textes du droit l'ont déclaré » expressément ; & comme ils n'ont exempté les » legs pieux que de la falcidie proprement dite, » qui consiste à retrancher le quart des legs ou » des dispositions à cause de mort qui épuisent » l'hérédité, il n'y a pas lieu d'étendre leur dis- » position à la Légitime, qui est à la place des » alimens dus aux enfans par leurs ascendans, qui » par cette raison est bien plus favorable que la » falcidie, laquelle n'est introduite que par le » droit civil ; au lieu que la Légitime due aux » enfans est fondée sur le droit naturel, & par » conséquent elle doit être considérée avec plus de » faveur que les legs pieux & les donations faites » aux églises «.

Il y a dans Chopin un arrêt du 21 avril 1575,

---

cantibus, vel aliâ sustentatione egentibus, eadem pecuniæ distribuantur. *L.* 49, C. *de episcopis & clericis.*

Similiter falcidia cessat in his quæ ad pias causas relicta sunt. *Auth.* 3, C. *ad legem falcidiam.*

(*) Si parens in quemdam liberorum vel in quosdam donationem immensam fecerit, quisque tantùm feret ex hereditate nomine falcidiæ, quantùm poterat ante donationem deberi. *Auth.* 2, C. *de inofficioso testamento.*

Quæ nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda sancimus, ut ratione falcidiæ minimè illis personis derelictæ quæ ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur testamenta, sed quod deest Legitimæ portioni tantùm repleatur..... *L.* 31, C. *eod. tit.*

dont on peut tirer un argument pour cette opinion ; car il a jugé que les réserves coutumières, qui sont des espèces de Légitimes, ne peuvent être entamées par des legs pieux. C'est aussi ce que décide formellement la coutume d'Ypres, rubrique 9, article 2 : » On ne peut donner par » testament, non pas même *ad pias causas*, » plus que le tiers du patrimoine, les deux tiers » des conquêts, & tous les meubles qui excèdent » les dettes «.

Mais il ne faut point recourir à des autorités étrangères pour résoudre notre question : nous la trouvons clairement décidée par deux arrêts du parlement de Paris & un du parlement de Flandre.

Le premier, rendu le 12 février 1583, & rapporté par Robert, a adjugé à un père la Légitime qu'il demandoit sur la succession de son fils entièrement épuisée en legs pieux.

Le second, du 2 février 1586, est rapporté par Brodeau : » Par cet arrêt, dit-il, la cour » adjugea la Légitime au père (dans la coutume » de Vermandois), encore que la disposition » testamentaire du fils fût en faveur des pau- » vres «.

Voici comme M. de Baralle rend compte du troisième : » Au procès du sieur Tranche contre » les sieurs de Broyde & de Perenchier, il fut » jugé que la Légitime devoit se prendre avant » les legs pieux, suivant l'opinion de Merlinus *de* » *Legitimâ*, *lib.* 2 . . . le 21 mai 1695 «.

Mais au moins les legs faits par forme de restitution de vol ou d'usure ne sont-ils pas exempts du retranchement de la Légitime ? Be-

nedicti, le Brun & Furgole distinguent si le vol ou l'usure sont prouvés ou non : au premier cas, les légataires doivent être payés avant les légitimaires, & ceux-ci ne peuvent pas même forcer les héritiers à faire entrer fictivement ces sortes de legs dans la masse des biens du défunt, afin d'augmenter leur Légitime, par la raison que les légataires sont en ce cas de vrais créanciers, & que la Légitime ne doit s'estimer que déduction faite de toutes les dettes passives. Il en est tout autrement au second cas, parce que la Légitime ne souffrant ni condition, ni délai, ni charge, comme on l'a vu ci-devant, on ne peut considérer la qualification ajoutée aux legs, que comme un prétexte inventé pour frauder les légitimaires, & conséquemment il faut comprendre ces sortes de dispositions dans le retranchement de la Légitime. C'est ainsi que saint Grégoire le Grand (livre 7, lettre 4) écrivoit à l'évêque de Messine, que quelque couleur qu'un père eût donnée à un legs considérable qu'il avoit fait au profit de son église, il falloit examiner s'il restoit des alimens aux enfans, avant de recueillir une pareille libéralité.

C'est par la même distinction qu'il faut résoudre la question de savoir si les legs rémunératoires sont sujets à la Légitime. La négative a lieu quand les services sont prouvés & de nature à fonder une action pour en faire la demande en justice ; en tout autre cas il faut se tenir à l'affirmative. Ainsi pensent Alexandre, Merlini, le Brun & Furgole.

Les donations entre vifs, quand elles sont excessives & faites en fraude du légitimaire, sont inconteſtablement sujettes à être retranchées pour

la Légitime. C'eſt la diſpoſition textuelle de la loi 87, §. 3 & 4, D. *de legatis* 2°. (*).

On a douté s'il en devoit être de même des donations modérées & qui ne diminuent la Légitime que parce que le donateur, après les avoir faites ſans fraude, a aliéné la plus grande partie de ce qui lui reſtoit de biens. La négative ne ſouffroit aucune difficulté dans la juriſprudence du digeſte, parce que le droit ancien ne ſoumettoit proprement à la Légitime que les biens dont le défunt étoit propriétaire au moment de ſa mort, & qu'il avoit fallu un reſcrit du prince rapporté dans la loi que nous venons de citer, pour y ſoumettre également les donations exceſſives & frauduleuſes. La juriſprudence du code paroît ſur ce point conforme à celle du digeſte. Les loix placées ſous le titre *de inofficioſis donationibus*, ne parlent, à l'occaſion du retranchement pour la Légitime, que des donations faites pour éluder la querelle d'inofficioſité, & comprenant tout ou preſque tout le patrimoine des donateurs.

C'eſt une grande queſtion entre les interprètes, ſi la novelle 92 a établi là-deſſus un nouveau droit. Ce qu'il y a de certain, c'eſt qu'elle n'ordonne le retranchement que ſur les donations conſidérables. *Si quis donationem immenſam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit* ..... Reſte donc à ſavoir ſi cette loi doit être reſtreinte aux

(*) Imperator Alexander Auguſtus, Claudiano Juliano Præfecto urbis, ſi liquet tibi, Juliane cariſſime, aviam intervertendæ inofficioſi querelæ patrimonium ſuum donationibus in nepotem factis exinaniſſe, ratio depoſcit, id quod donatum eſt, pro dimidiâ parte revocari.

donations qui ſont à la fois conſidérables & inofficieuſes, ou ſi on peut l'appliquer à celles où l'on ne remarque pas d'inofficioſité, & qui par conſéquent ne portent aucun caractère de fraude. Accurſe, Bartole, l'antéceſſeur Julien, Paul de Caſtres & M. le préſident Favre ont ſoutenu le premier parti ; mais leur opinion ne paroît pas compatible avec l'eſprit de la novelle dont il s'agit : en effet, dit Duperrier, » cette conſtitu-» tion ſeroit inutile contre la nature des novelles » de Juſtinien, qui ont toutes été faites pour » abroger ou corriger & changer quelque choſe » du droit ancien ; car inutilement auroit-il or-» donné que les donations inofficieuſes ſeroient » ſujettes à la Légitime des enfans, puiſque tant » de loix l'avoient déjà ſi expreſſément ordonné «. M. Grivel en ſa déciſion 97, nous apprend que cette raiſon a fait juger au parlement de Dole, par arrêt du mois de ſeptembre 1603, que la donation faite à un fils d'une ſomme de 3500 écus, par un père qui en poſſédoit alors 42000, devoit contribuer à la Légitime des autres enfans ; & nous voyons dans M. Stockmans, déciſion 109, que la même choſe a été jugée au conſeil ſouverain de Brabant le 22 juin 1644, dans l'eſpèce d'une donation de 150000 livres, faite par un père qui avoit laiſſé huit enfans & 30000 livres à chacun.

La novelle 92 ne parle que des donations faites aux deſcendans : les auteurs ont été partagés ſur la queſtion de ſavoir ſi elle devoit être étendue aux libéralités dont un père avoit gratifié des étrangers. Duperrier ſoutient la négative. Il eſt vrai, dit-il, que la loi 1, C. *de inofficioſis donationibus*, ne met, quant au retranchement de

la Légitime, aucune différence entre les donations faites aux enfans, & celles qui ſont faites à des étrangers ; mais il ne s'agit dans ce texte que des donations inofficieuſes ; & la novelle 92 qui en a étendu la diſpoſition à celles qui ne ſont pas infectées de ce vice, ne parle que des enfans ; ainſi les choſes ſont reſtées, à l'égard des étrangers, ſur le pied du droit ancien : » Et il ne » faut pas trouver étrange que Juſtinien ait reſ» treint la novelle 92 aux donations faites aux » enfans, car il faut toujours pourvoir aux maux » qui ſont le plus à craindre ; & Juſtinien a cru » avec grande raiſon, que difficilement un père » ou une mère donneroit ſon bien à des étran» gers au préjudice de ſes enfans, s'il n'y étoit » porté par quelque juſte conſidération, & qu'au » contraire il arrive tous les jours qu'un père & » une mère partageant inégalement leurs affec» tions entre leurs enfans, leur peuvent auſſi diſtri» buer trop inégalement leurs biens «.

Cette doctrine étoit rigoureuſe : cependant elle étoit appuyée d'un arrêt du parlement d'Aix, » par » lequel il fut dit, qu'en liquidant la Légitime des » enfans du premier lit, on ne mettroit point en » compte la donation faite par le père à ſa ſe» conde femme, quoique la propriété en dût ap» partenir à l'héritier, qui étoit fils du premier » lit, après la mort de ſa mère, ſuivant la no» velle 22, qui étoit encore une très-forte conſidé» ration en faveur des légitimaires «.

Il paroît que l'uſage de la Provence a été longtemps conforme à l'avis de Duperrier. Voici ce qu'en dit l'aditionnaire de cet auteur : » Un acte » de notoriété donné par les ſyndics des avocats » en 1683, dans un procès évoqué au parlement

» de Grenoble, prouve que l'on tenoit alors pour » maxime, que les donations faites aux étrangers » n'entroient pas dans la compoſition de la ſuc- » ceſſion *ad impinguendam Legitimam :* mais la » queſtion ayant été parfaitement diſcutée, l'arrêt » jugea que toutes les donations devoient entrer » dans la compoſition du patrimoine pour fixer la » quotité de la Légitime ; & depuis on ne s'écarta » plus de cette déciſion «.

L'ordonnance de 1731 a fixé irrévocablement la juriſprudence ſur ce point important. L'article 34 porte, que la Légitime ſera priſe ſur les donations entre vifs ; & prévoyant le cas où l'un ou pluſieurs des donataires ſeroient du nombre des enfans, il ordonne qu'ils retiendront à compte de leur Légitime ce qui leur aura été donné. Cette diſpoſition prouve néceſſairement que dans les donations entre vifs dont il eſt d'abord parlé indéfiniment, ſont compriſes celles qui ſont faites aux étrangers.

L'ordonnance ne diſtingue même pas ſi les donations dont elle preſcrit le retranchement ſont conſidérables ou modiques ; & en cela elle ne fait qu'adopter l'uſage introduit long-temps auparavant d'appliquer la novelle 92, *non ſeulement aux donations médiocres, mais encore aux plus petites*, comme l'atteſte Duperrier lui-même.

On demande ſi la diſpoſition de l'ordonnance doit avoir lieu contre les enfans donataires de biens ſitués dans des coutumes qui ne les obligent pas au rapport. Il faut répondre ſans difficulté pour l'affirmative. Les étrangers ne rapportent jamais à la ſucceſſion les donations qui leur ont été faites, & cependant on vient de voir qu'ils ſont tenus d'en ſouffrir le retranchement, lorſque la Légi-

time l'exige. Ainſi, dit le Brun, » nous diſtin-
» guons entre le rapport pour la Légitime d'au-
» trui & le rapport pour la ſucceſſion, ce que Me.
» Charles Dumoulin a obſervé ſur l'article 19 de
» la coutume de Lille, lequel portant que dona-
» tion entre vifs ne ſe rapporte en ſucceſſion, il
» a fait cette note ſur cet article : *Niſi in directâ*
» *ad ſupplendam alionam Legitimam* «.

Une autre queſtion ſur laquelle l'ordonnance ſe tait également, eſt de ſavoir ſi les donations qui ne ſont point ſujettes à la loi *ſi unquam*, doivent, lorſqu'elles ſont faites avant le mariage, contribuer à la Légitime des enfans qui en ſont nés. La loi 5, C. *de inofficioſis donationibus* (*), fait entendre clairement qu'elles y ſont tenues : Si vous avez, porte ce texte, épuiſé tout votre patrimoine par les libéralités dont vous avez chargé vos enfans émancipés, il faut y faire rentrer la quantité de biens néceſſaire pour fournir à vos autres enfans, *de quelque mariage qu'ils ſoient nés*, la portion que l'on doit toujours laiſſer à des deſcendans non ingrats, lorſque l'on veut les empêcher d'intenter la querelle d'inofficioſité. Le motif de cette déciſion eſt que le donateur a dû pourvoir en tout temps aux enfans qui pourroient lui naître dans la ſuite, rien n'étant plus naturel ni plus inviolable qu'une pareille obligation. D'ail-

(*) Si totas facultates tuas per donationes vacuas feciſti quas in emancipatos filios contuliſti : id quod ad ſubmovendam inofficioſi teſtamenti querelam non ingratis liberis relinqui neceſſe eſt, ex factis donationibus detractum ut illi vel nepotes poſtea ex quocumque legitimo matrimonio nati, debitum bonorum ſubſidium conſequantur, ad patrimonium tuum revertetur.

leurs,

leurs le donataire a dû s'attendre, que s'il n'étoit pas soumis à la loi *si unquàm*, il le seroit au moins au retranchement de la Légitime ; & en effet quoique la présomption de volonté qui est le fondement de la révocation entière pour survenance d'enfans, n'ait pas lieu dans les cas dont nous parlons, l'équité ne laisse pas de venir au secours des enfans pour détacher de ces sortes de donations la portion alimentaire que la nature & la loi ne permettent pas de leur ôter.

S'il en est ainsi dans la thèse générale, peut-on dire la même chose des donations que les père & mère se sont faites par leur contrat de mariage? Il faut distinguer si ces donations sont renfermées dans les bornes ordinaires des conventions matrimoniales, ou si elles les excèdent. Dans le premier cas, elles ne sont pas sujettes à la Légitime, parce qu'on les regarde comme des clauses vraiment onéreuses, & que les dispositions faites à titre onéreux sont régulièrement exemptes de cette contribution, comme on le verra ci-après ; tels seroient une stipulation de communauté coutumière, un douaire préfix proportionné au coutumier, un ameublissement du tiers des immeubles, quand on n'a point de meubles, &c.

Il en est autrement dans le second cas, c'est-à-dire, par rapport à un ameublissement excessif, à un douaire exorbitant, à une communauté dont le partage seroit réglé d'une manière désavantageuse à celui sur les biens duquel on prétend la Légitime. En effet, dit le Brun, » si l'on a jugé » que les donations faites avant le mariage & en » un temps auquel l'on songeoit le moins à avoir des » enfans, ne laissoient pas d'être sujettes à la Lé-

» gitime, à plus forte raiſon tout ce qui pouvoit » être réputé donation dans un contrat de ma- » riage, dans lequel on a dû pourvoir aux enfans » qui pouvoient naître du mariage «.

C'eſt auſſi ce que décident expreſſément deux de nos coutumes, la Marche & Saint-Quentin. Voici les termes de la première, article 289 : » Mari peut donner à ſa femme en faveur & » traité de mariage, à temps ou à perpétuel, ce » que bon lui ſemblera de ſon meuble ou hé- » ritage, *& è contrà* ; ſauf la Légitime aux en- » fans, s'aucuns en ont d'autre mariage ou de » préſent «.

» Par traité de mariage & pour y parvenir, » deux futurs conjoints ſe peuvent donner l'un à » l'autre telle part & portion de leurs biens » meubles & héritages (ſoient tenus en fiefs ou » rotures) que bon leur ſemblera, à perpétuité » ou à vie, pourvu que la Légitime ſoit réſervée » à leurs enfans «. (Saint-Quentin, article 14).

M. de Catelan nous a conſervé un arrêt du parlement de Toulouſe qui confirme cette doctrine. Voici comme il s'explique : » Par arrêt du mois » de mars 1679, rendu en la grand'chambre, à » mon rapport, il a été jugé en thèſe, que la pen- » ſion viagère qu'un homme qui ſe remarie ayant » des enfans d'un premier lit, avoit donné dans » ſon ſecond contrat de mariage à ſa ſeconde » femme, au cas qu'elle lui ſurvécût, ne pou- » voit pas diminuer la Légitime des enfans du » premier lit, & que leur Légitime ne devoit » pas contribuer au payement de cette penſion » viagère. La ſentence arbitrale, qui, adjugeant » aux enfans du premier mariage un neuvième » pour leur Légitime, avoit ordonné qu'ils im-

» puteroient un neuvième de cette penſion viagère, » fut réformée & les enfans déchargés de cette » imputation. La raiſon de l'arrêt fut qu'il ne faut » pas regarder comme dette ce qui eſt donné dans » un contrat de mariage par celui ou celle qui » ſe remarie ayant des enfans du premier lit, » au ſecond conjoint ; que ce ſont des libéralités » qui ne peuvent diminuer la Légitime des en- » fans du premier lit ; ce qui pourtant arrive- » roit, ſi leur Légitime devoit contribuer au » payement de ces libéralités, ou s'il falloit les » diſtraire du patrimoine avant de compoſer les » Légitimes «.

En ſeroit-il de même à l'égard d'une donation mutuelle ? Il y a dans le recueil de M. Desjaunaux, un arrêt du parlement de Flandres qui a jugé pour la négative. En voici l'eſpèce : Une femme avoit été mariée trois fois, & avoit eu des enfans de ſes trois lits. Par le troiſième contrat de mariage, il avoit été ſtipulé *que le ſurvivant des deux conjoints demeureroit en tous biens, meubles & acquêts immeubles, en payant les dettes.* Cette clauſe étant permiſe dans la coutume de Cambrai qui régiſſoit les parties, les enfans des deux premiers lits, hors d'état de l'attaquer directement, ſe bornèrent à demander que le mari ſurvivant fût tenu de leur fournir un ſupplément de Légitime ſur la part de leur mère dans la communauté. Le mari ſoutint que la donation qui lui avoit été faite de cette part étant réciproque, ne pouvoit être aſſujettie à rien envers les enfans des mariages antérieurs au ſien, parce que ce n'étoit pas une libéralité proprement dite, mais une convention onéreuſe dont le riſque formoit le prix & écartoit toute idée

de léſion. Cette défenſe ne fut pas accueillie des échevins de Cambrai, qui, par ſentence du 18 mai 1695, condamnèrent le beau-père à payer le ſupplément de Légitime qu'on lui demandoit; mais ſur l'appel au parlement de Flandres, la ſentence fut infirmée, & les enfans déboutés, par arrêt du 6 octobre 1696.

Cet arrêt uniquement fondé ſur ce qu'une donation mutuelle n'eſt pas ſoumiſe aux mêmes règles que les libéralités ordinaires, ne paroîtra pas ſans doute fort exact à ceux qui le peſeront dans la balance des loix & des principes. En effet, les donations mutuelles ſont ſujettes, comme les autres, à la formalité de l'inſinuation & à la révocation pour ſurvenance d'enfans; l'ordonnance de Moulins décide nettement le premier point, & celle de 1731 confirme le ſecond. Il a même été jugé par arrêt du parlement de Flandres du 9 août 1703, inſéré pareillement dans le recueil de M. Desjaunaux, que les donations mutuelles ſont compriſes dans la défenſe des avantages entre conjoints portée en termes indéfinis par la coutume de la châtellenie de Lille. C'eſt auſſi ce qui réſulte de la loi 32, §. 9, & de la loi 5, §. 2, D. *de donationibus inter virum & uxorem.*

D'après cela, il eſt clair que les donations mutuelles ne doivent pas être plus exemptes que les autres du retranchement pour la Légitime, & c'eſt préciſément ce que décide l'article 290 de la coutume de la Marche, conçu en ces termes : » Si après le mariage conſommé, mari & » femme font donation mutuelle l'un à l'autre, » telle donation eſt valable, pourvu qu'elle ſoit » égale; & s'il y avoit inégalité, ſera réduite

» à égalité, sauf toutefois aux enfans leur Lé-» gitime «.

Les constitutions de dots sont-elles sujettes à la Légitime ? La loi unique, C. *de inofficiosis dotibus*, répond que oui dans l'espèce d'une dot promise par le contrat d'un second mariage ; & sa décision, quoique bornée à ce cas particulier, ne laisse pas d'être générale : c'est ce que prouvent deux autres loix rapportées au code Théodosien, *de inofficiosis dotibus*, dont on a formé celle dont il s'agit. La première ordonne en général que toutes les dots qui épuisent les biens des pères & mères, au préjudice de la Légitime de leurs enfans, seront sujettes à la réduction comme les autres donations entre vifs. La seconde étend la disposition de la première aux dots que les femmes ont données à leurs maris, pères des enfans qui s'en plaignent.

Cette jurisprudence n'a pas toujours été accueillie universellement. M. de Cambolas rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, du mois de juillet 1604, rendu dans l'assemblée des chambres, & prononcé en robes rouges, qui a jugé que les dots constituées aux filles par leurs pères, n'étoient point sujettes au retranchement de la Légitime de leurs frères & sœurs. Dans la suite cependant on ouvrit les yeux sur l'injustice d'une pareille décision, & le parlement de Toulouse jugea comme les autres cours du royaume, que les dots étoient tenues de contribuer à la Légitime, de même que les donations pures & simples. M. d'Olive en rapporte trois arrêts des 24 février 1627, 5 mai 1628, & 11 décembre 1630 ; M. de Catelan nous en fournit un quatrième du 27 novembre 1669.

On a mis en queſtion ſi cette juriſprudence devoit être ſuivie à l'égard des dots conſtituées en deniers. Les raiſons de douter adoptées par Céſar Urſillis, étoient que les meubles n'ont point de ſuite par hypothèque ; que les dots mobilières s'employent le plus ſouvent en achats des choſes néceſſaires aux nouveaux ménages ; que quelquefois même elles ſe conſomment en dépenſes inutiles, de ſorte qu'il n'en reſte communément rien aux époux, lors du décès des peres & meres qui les ont dotés. Mais ces raiſons frivoles n'ont point été écoutées, & pluſieurs arrêts ſolemnels les ont proſcrites : il y en a un entre autres du 3 décembre 1642, rapporté au journal des audiences, avec le plaidoyer de M. l'avocat Briquet, dont les concluſions ont été ſuivies.

La renonciation de la fille à la ſucceſſion de ſes père & mère qui l'ont dotée, la met-elle à l'abri des pourſuites de ſes frères & ſœurs légitimaires ? Ricard ſoutient l'affirmative. » Il n'eſt pas juſte, » dit-il, que la fille qui a ainſi renoncé, ne pou» vant gagner, puiſſe perdre ; c'eſt un haſard » qu'elle a pris, qui étoit attaché à l'incertitude » de la fortune, & qui eût été à ſon déſavantage » ſi ſon père eût augmenté de biens, comme dans » l'évènement il lui eſt utile, eu égard à la dé» cadence des biens de ſon père «. Le Brun, Argou, Ferriere & M. de Lamoignon en ſes arrêtés, ſont au contraire de l'avis du retranchement ; Bretonnier penſe de même en ſes déciſions alphabétiques, article *renonciation*, & rapporte deux arrêts conformes à ſon opinion. » La raiſon en eſt, » dit M. le préſident Eſpiard, qu'il n'y a rien de » comparable à la Légitime : autrement un père » en donnant une dot très-conſidérable à ſa fille,

» pourroit, en la faisant renoncer à la succession, » donner atteinte à la Légitime des autres en- » fans «.

C'est une question si le retranchement de la Légitime sur une dot, peut avoir lieu du vivant du mari. L'affirmative n'a jamais souffert de difficulté dans les parlemens de Paris, de Grenoble & d'Aix; nous en trouvons les preuves dans le journal des audiences, dans les arrêts de Basset, & dans le commentaire de Mourgues sur les statuts de Provence. Mais il existe plusieurs arrêts contraires du parlement de Toulouse; tels sont d'abord ceux des 24 février 1627, 5 mai 1628, & 11 décembre 1630, cités plus haut : M. de Catelan en rapporte deux autres du mois de janvier 1670 & du 10 avril 1677.

Les motifs de ces arrêts paroissent très-plausibles à la première vue. 1°. La cause de la dot est perpétuelle, le mari l'a entre les mains pour sa vie, elle lui a été donnée pour soutenir les charges du mariage; c'est même par l'attrait de cette espèce de donation qu'il s'est marié; il y auroit donc autant de dureté que d'injustice à l'en dépouiller. 2°. La dot n'est pas un titre gratuit par rapport au mari, les loix le considèrent comme un créancier, & non comme un donataire. 3°. La loi 25, §. 1, D. *quæ in fraudem creditorum*, décide que l'action Paulienne, ou révocatoire des aliénations faites en fraude des créanciers, n'a pas lieu contre le mari qui a reçu la dot, lorsqu'il n'a pas participé au dol de son beau-père. Cette loi met donc le mari au niveau des véritables créanciers, & par conséquent son titre étant onéreux, dans toute la force de ce terme, il faut qu'il soit résolu, avant que l'on puisse

comprendre la dot dans le retranchement de la Légitime. 4°. La loi 1, §. 10, D. *si quid in fraudem patroni*, exempte la dot donnée par un affranchi à sa fille, de l'action révocatoire du patron; les termes en sont remarquables : *Sed si libertus filiam dotavit, hoc ipso quod dotavit non videtur fraudare patronum, quia pietas patris non est reprehendenda.*

Mais ces raisons, quelque spécieuses qu'elles soient, ne peuvent l'emporter ni sur les principes du droit Romain, ni sur d'autres raisons beaucoup plus solides : 1°. La loi unique, C. *de inofficiosis dotibus*, veut que le retranchement se fasse même pendant la vie du mari. Il est vrai qu'elle ne parle que du cas où la femme s'est dotée elle-même; mais quelle différence y a-t-il entre ce cas & celui d'une fille qui reçoit une dot de la main de ses père & mère ? 2°. De quelque manière que l'on veuille expliquer cette loi, il en résulte toujours que le motif de sa décision est général; en effet, elle n'ordonneroit pas le retranchement de la dot pour la Légitime des enfans, si le mari contre lequel elle permet à ceux-ci de se pourvoir, la tenoit à titre purement onéreux : il faut donc qu'elle considère ce titre comme gratuit; & c'est aussi ce que porte la loi dernière, C. *de donationibus ante nuptias*, aux mots, *antiqui juris conditores inter donationes etiam dotes connumerant.* Le parlement de Toulouse lui-même l'a toujours ainsi jugé, comme nous le voyons dans les arrêts de M. de Catelan, en admettant, même du vivant du mari, la révocation de la dot pour survenance d'enfans. 3°. Différer le retranchement jusqu'au décès du mari, c'est priver les enfans d'un secours que la nature

& la loi leur assignent sans condition & sans délai ; c'est autoriser les parens à secouer eux-mêmes le joug de l'obligation la plus sacrée & la plus indispensable ; c'est tromper la prévoyance des loix, & ouvrir la porte aux fraudes qu'elles ont voulu éviter en introduisant la plainte d'inofficiosité contre les dots. 4°. Il est certain que les dots entrent dans la composition du patrimoine pour régler la Légitime ; il faut donc qu'elles soient considérées en cette matière comme des libéralités, & conséquemment qu'elles soient sujettes sans délai au retranchement pour la Légitime.

A ces raisons se réunit l'autorité des auteurs les plus éclairés sur ce point, tels que Dumoulin, Merlini, Perèz, M. Maynard & M. d'Olive.

Les objections que l'on oppose ne sont pas de fort grand poids : 1°. Il est vrai que la cause de la dot est perpétuelle, c'est à-dire, que l'intention du constituant est de la laisser au mari pendant sa vie ; mais les loix n'ont pas décidé que le mari ne pourroit pas être évincé de la dot pour une cause antérieure, elles ont même fait entendre le contraire en pourvoyant à la garantie (*). Or, quoique la Légitime ne soit régulièrement exigible que du jour de la mort du père ou de la mère, elle est néanmoins due auparavant, & l'on peut en quelque sorte en faire remonter le titre au temps du contrat de mariage ; c'est comme une dette conditionnelle, qui prend sa source dans l'union des époux, qui se contracte par la naissance des en-

(*) L. 34, D. de jure dotium. L. 13, C. eod. tit. L. 71, D. de evictionibus.

fans, & à laquelle les loix ont appoſé pour condition le prédécès des parens & la ſurvie des enfans; ou, ſi l'on veut, c'eſt une dette à terme, *cujus dies ceſſit, ſed non venit*, & l'on eſt d'autant plus fondé à la qualifier ainſi, qu'elle fait rentrer dans le patrimoine de celui qui la doit toutes les diſpoſitions gratuites qui ont précédé même la naiſſance des légitimaires : ce qui ne ſeroit pas praticable, ſi le titre de la Légitime n'étoit regardé comme préférable à tous les autres titres gratuits, & que les diſpoſitions ne fuſſent faites que ſous la condition tacite d'aſſujettir aux Légitimes les biens donnés ou conſtitués en dot.

2°. Les loix 8, §. 13, D. *quibus modis pignus ſolvitur*, & 19, D. *de obligationibus & actionibus*, déclarent à la vérité que le mari eſt créancier & même acheteur de la dot; mais les mots *videtur* & *quodammodo*, dont elles ſe ſervent, donnent clairement à entendre que c'eſt par une eſpèce d'abus des termes qu'elles s'expriment ainſi; & la loi dernière, C. *de donationibus antè nuptias*, prouve aſſez que la dot eſt conſidérée dans le droit comme une libéralité proprement dite. M. de Catelan, livre 4, chapitre 44 & 66, rapporte même des arrêts du parlement de Toulouſe conformes à cette maxime.

3°. Il y a quatre réponſes à oppoſer à la loi 25, §. 1, D. *quæ in fraudem creditorum*. D'abord dans l'eſpèce de cette loi, il s'agit de dépouiller un mari de toute la dot; au lieu que le retranchement de la Légitime ne peut lui en ôter qu'une partie. En ſecond lieu, la même loi ſuppoſe un mari ignorant que ſon beau-père fraude ſes créanciers, & par conſéquent hors d'état de ſoupçonner qu'il puiſſe jamais être inquiété par eux; au lieu

que dans le cas dont nous parlons il a dû prévoir que la fortune de son beau-père pourroit diminuer par des accidens volontaires ou forcés, & que ses autres enfans ne trouvant pas dans le reste du patrimoine de quoi compléter leur Légitime, réclameroient la portion que la nature & la loi leur attribuent sur la dot constituée ; si cette considération ne l'a point arrêté, & s'il s'est marié malgré l'obstacle qu'elle sembloit devoir y apporter, c'est une faute qu'il ne peut imputer qu'à lui-même & dont il doit naturellement supporter les suites. Troisièmement, la loi 25, §. 1, D. *quæ in fraudem creditorum*, doit être observée dans son espèce ; mais il ne faut pas l'étendre à un cas différent, & sur-tout à un cas que d'autres loix placées sous les titres *de inofficiosis donationibus & de inofficiosis dotibus*, ont décidé tout autrement ; on doit donc s'attacher à ce texte quand il est question de l'action Paulienne : mais quand il s'agit de la plainte d'inofficiosité & du retranchement pour la Légitime, c'est aux loix & aux règles propres à cette matière qu'il faut s'en tenir, sans chercher des argumens éloignés dans des décisions étrangères. En user autrement, ce seroit confondre toute la jurisprudence Romaine, & rendre douteuses, incertaines & même inextricables des loix que les espèces & les circonstances différentes tirent de la classe de celles auxquelles on les oppose. Quatrièmement, il y a des différences essentielles entre l'action Paulienne & l'action en retranchement pour la Légitime : » L'action Paulienne, dit Furgole, » n'est qu'un remède subsidiaire accordé aux » créanciers non hypothécaires, à raison du dol » pratiqué par le vendeur & l'acheteur ; car s'ils

» avoient une hypothèque, il ne seroit pas né-
» cessaire de recourir à ce remède, parce que
» l'hypothèque seroit un moyen suffisant pour
» faire révoquer les aliénations, sans qu'il fût
» besoin de prouver la fraude; au lieu que la Lé-
» gitime produit une hypothèque dont le principal
» effet est de faire rentrer dans le patrimoine toutes
» les donations faites & les dots constituées; ce
» qui prouve que cette hypothèque remonte
» au jour du contrat de mariage des père &
» mère. Il n'est donc pas merveilleux que l'action
» Paulienne ne révoque pas la dot à l'égard du
» gendre qui n'a pas participé à la fraude, parce
» qu'il est considéré comme un créancier à l'égard
» des créanciers non hypothécaires; mais il n'en
» est pas de même lorsqu'il est en concours avec
» les autres enfans légitimaires, parce qu'ils sont
» créanciers hypothécaires, & que d'ailleurs à
» leur égard le gendre n'est pas considéré comme
» vrai créancier; ce qui fait que les enfans légi-
» timaires sont plus favorablement traités dans cette
» espèce que les simples créanciers cédulaires «.

4°. Il y a pareillement une grande différence entre l'espèce de la loi 1, §. 10, D. *si quid in fraudem patroni*, & celle dont il est ici question. Il n'est pas étonnant que l'intérêt d'une fille l'emporte sur celui d'un patron; l'un est fondé sur la nature; l'autre n'est appuyé que sur la rigueur des vestiges d'un droit de servitude: aussi le jurisconsulte dit-il nettement qu'à l'égard de celui-ci on ne doit pas blâmer la piété paternelle, *pietas patris non est reprobanda*: d'où naît un puissant argument *à contrario*, que ce seroit une piété répréhensible dans la personne d'un père, de vouloir donner tout à ses filles, & ne laisser rien à ses

autres enfans ; & que dans le cas où cela arriveroit par mauvaise fortune & absolument contre son intention, son cœur le porteroit naturellement à diminuer les dots des premières, pour donner quelque soulagement aux seconds.

Tout ce que nous venons de dire sur l'assujettissement de la dot au retranchement pour la Légitime, a été adopté par l'article 35 de l'ordonnance de 1731, dont voici les termes : » La dot, même » celle qui aura été fournie en deniers, sera su» jette au retranchement pour la Légitime..... » ce qui aura lieu, soit que la Légitime soit de» mandée pendant la vie du mari, ou qu'elle ne » le soit qu'après sa mort, & quand il auroit joui » de la dot pendant plus de trente ans, ou quand » même la fille dotée auroit renoncé à la succes» sion par son contrat de mariage ou autrement, » ou qu'elle en seroit exclusе de droit, suivant » la disposition des loix, coutumes ou usages «.

Cet article ne décide pas si les intérêts d'une dot promise & non acquittée du vivant des père & mère, sont soumis au retranchement aussi bien que le principal. Par exemple, un père & une mère marient leur fille & lui promettent une dot de vingt mille livres, mais ils ne l'acquittent pas. Après leur mort, le gendre, qui a eu soin de ne pas laisser prescrire son action, s'oppose au décret de leurs biens, pour avoir payement de l'apport de sa femme. Les autres enfans sont-ils fondés à faire retrancher une partie des arrérages par lui demandés, sous prétexte qu'ils entament leur Légitime, ou doivent-ils borner le retranchement au principal ? Le premier parti semble d'abord le plus juste & le plus équitable. Les intérêts sont accessoires à la dot, il faut donc les considérer

comme donnés par les père & mère, ſuivant la règle *acceſſorium ſequitur principale.* D'ailleurs, les quittances peuvent avoir été rendues par les père & mère qui ont doté ; &, ce qui mérite une attention particulière, celui qui voudroit éluder la Légitime de ſes autres enfans, n'auroit pour y parvenir qu'à donner une dot qui excédât ce qu'il poſsède, de manière que ſa ſucceſſion pût à peine ſuffire au payement des intérêts. Cependant le Brun décide que hors le cas de fraude, le retranchement ne doit opérer que ſur le principal ; » & j'apprends, dit-il à ce ſujet, qu'il a été ainſi » jugé par arrêt de la quatrième des enquêtes «.

La première raiſon qu'en donne cet auteur, eſt que l'inexécution de la donation ne doit pas ſervir de prétexte pour faire monter la Légitime plus haut que ſi la donation avoit eu tout ſon effet. Or, en ce dernier cas, le principal eût été ſeul aſſujetti à la Légitime : ainſi dans le premier, la donation ne doit être diminuée que dans ſon principal, & point dans les intérêts qui en ſont dus.

La ſeconde raiſon eſt que le retranchement pour la Légitime ne doit porter que ſur les objets qui entrent dans la compoſition de la maſſe d'après laquelle on fixe la Légitime : or, il eſt certain que les intérêts d'une ſomme promiſe en mariage n'augmentent point cette maſſe, puiſqu'ils doivent au contraire en être diſtraits, comme le ſeroient les fruits d'un bien qui auroit été livré au donataire.

Nous avons dit que cette déciſion ne doit avoir lieu que dans les cas où il n'y a point de fraude de la part de celui qui a promis la dot : & en effet, elle devroit ceſſer ſi l'on avoit de juſtes ſujets de ſoupçonner que le père eût payé les intérêts de ſon vivant, & qu'il en eût rendu les quit-

tances à son gendre pour lui faire un avantage prohibé ; ou si la dot étoit si considérable, eu égard aux biens du constituant, qu'il y eût apparence qu'elle n'eût été portée à un tel excès que dans le dessein d'éluder la Légitime par la collocation des intérêts dans l'ordre des biens du père.

Il peut même se présenter certaines espèces où sans que l'on puisse soupçonner de fraude, on seroit peut-être obligé d'assujettir de pareils intérêts à une Légitime de grâce. Par exemple, un père & une mère n'ayant encore que deux enfans & vingt mille livres de biens, marient leur fille avec promesse d'une dot de dix mille livres. Le gendre, sans laisser prescrire son action, passe vingt ans sans toucher la somme qui lui a été promise ; le père & la mère n'augmentent point leur fortune ; mais il leur naît cinq ou six autres enfans : dans ce cas, si l'on donne au gendre les dix mille livres qui lui sont dus pour les intérêts, & cinq mille livres pour la moitié du principal de la dot promise, il s'ensuivra qu'il aura seul quinze mille livres, tandis que les sept autres enfans n'auront ensemble que cinq mille livres. Il est certain qu'une pareille inégalité seroit monstrueuse & révoltante, & sans doute il faudroit y apporter quelque tempérament, sans conséquence pour la thèse générale. C'est ainsi que quand après la mort de la mère les arrérages de son douaire préfix consomment tout le bien du père, les créanciers de sa succession ne peuvent pas empêcher que les enfans n'obtiennent quelque chose pour le fonds de leur douaire.

On demande si la déclaration de franc & quitte faite dans le contrat de mariage d'un enfant, nuit à la Légitime des autres enfans. Voici l'espèce

de cette queſtion. Un père marie ſon fils & déclare tous ſes biens francs & quittes. Cette clauſe donne inconteſtablement à la bru le droit de ſe pourvoir contre le père, pour lui faire refondre toutes les dettes hypothécaires dont ſon mari étoit chargé avant le contrat de mariage. Mais ſi l'action de la bru portoit atteinte à la Légitime des autres enfans, ceux-ci pourroient-ils en faire réduire l'effet? Non, parce que ſi le cautionnement renfermé dans la déclaration dont il s'agit, eſt une libéralité par rapport au fils, c'eſt un titre onéreux à l'égard de la bru. Si le père avoit cautionné ſon fils envers un étranger, les autres enfans ne ſeroient certainement pas fondés à prétendre la préférence de leur Légitime ſur la dette du créancier; pourquoi donc auroient-ils plus de droit dans le cas d'un cautionnement envers leur belle-ſœur? Une clauſe de cette nature, dit le Brun, » n'eſt point une donation en vertu de » laquelle l'enfant marié & déclaré franc & quitte » puiſſe agir pour obliger le père ou la mère de » payer ſes dettes; mais c'eſt une garantie telle » que quand dans un contrat de vente ou de » conſtitution de rente on garantit le vendeur » franc & quitte; ainſi la clauſe ne regarde que » l'intérêt du conjoint «.

Voici une queſtion aſſez analogue à celle que nous venons de diſcuter, & qui peut ſe préſenter fort ſouvent dans les pays de droit écrit; c'eſt de ſavoir ſi un père ayant donné ſes biens à ſon fils aîné par contrat de mariage, & ayant fourni avec lui quittance d'une partie de la dot, on doit préférer dans la diſtribution des biens, la bru pour la répetition de ſa dot, ou les enfans légitimaires pour le retranchement.

» On

» On peut, dit M. Roussilhe, opposer en faveur » de la bru, que son beau-père ayant reçu sa dot » lors du contrat de mariage, & l'ayant reconnue » sur ses biens, elle a une hypothèque de ce jour-» là sur tous ses biens, & conséquemment qu'elle » doit être préférée aux Légitimes des enfans, » attendu que de droit commun les Légitimes » ne sont allouées qu'après tous les créanciers du » père.

» On peut au contraire dire pour les enfans, » que leur droit de Légitime est acquis sur les » biens donnés du jour de la donation; que quand » la bru pourroit avoir un droit sur les biens de » son beau-père, cette hypothèque ne pourroit » pas mériter une préférence sur les Légitimes, » puisque leurs droits naîtroient en ce cas du » même acte; car les enfans en ont un en ce » cas qui est ouvert du jour de la donation; que » d'ailleurs quoique le père soit présent au con-» trat, qu'il reconnoisse la dot, il ne garde pas ce-» pendant l'argent; c'est le fils qui le prend & qui » en profite; & si cela avoit lieu, il s'ensuivroit » qu'un père pourroit frauder ses enfans de leur » Légitime, en reconnoissant des dots & les laissant » aux enfans «.

M. Roussilhe ne raisonne pas ici d'une manière fort conséquente. Il est certain qu'un père qui donne quittance de la dot fournie par la bru au fils qu'il a sous sa puissance, s'en rend responsable, comme s'il cautionnoit expressément son fils. La loi 10, *C. soluto matrimonio*, & la loi 7, §. 15, D. du même titre, ne laissent aucun doute sur cette vérité. Ainsi, dans notre espèce, la bru a par rapport à son beau-père tous les attributs d'une créancière véritable, & par con-

séquent elle doit précéder les légitimaires. Qu'importe que les enfans aient hypothèque sur les biens donnés à leur frère, du jour de la donation? Tout ce qui résulte de-là, c'est qu'ils doivent être préférés sur ces biens aux créanciers de leur frère, mais point à ceux de leur père, car la Légitime ne peut jamais être mise en ordre qu'après les dettes proprement dites de celui qui la doit. Qu'importe aussi que le père ne profite de rien en reconnoissant la dot, & qu'il puisse par cette voie frauder la Légitime de ses enfans? Un père qui cautionne un étranger ne tire aucun profit de son obligation, & il peut en résulter une atteinte considérable à la Légitime de ses enfans: cependant on ne s'est jamais avisé de mettre ceux-ci en ordre avant le créancier envers lequel le père s'est rendu caution.

La dot de religion est-elle sujette au retranchement de la Légitime? Le Brun, Boniface, Ferrieres, Furgole & M. Roussilhe tiennent la négative, sur le fondement que cette dot est donnée au couvent à titre onéreux, c'est-à-dire, à la charge de recevoir & de nourrir le religieux pour qui elle est constituée. » Mais, dit l'aditionnaire de » le Brun, la dot donnée en mariage à une fille » est sujette à la Légitime des autres enfans, quoi- » que le mari la reçoive pour supporter les charges » du mariage; pourquoi les dots des religieuses » auroient-elles plus de priviléges? M. Pothier ne » leur en croit pas davantage «.

A l'égard du titre clérical, Pothier le croit aussi sujet à la Légitime, sur-tout si l'ecclésiastique au profit duquel il est constitué se trouve pourvu de bénéfice, ou a du bien pour fournir à sa subsistance. On trouve à la vérité dans le journal

des audiences un arrêt du 3 avril 1629, qui a jugé le contraire ; mais le cas étoit particulier. Un père avoit donné à son fils, lors de sa promotion aux ordres sacrés, une maison, & les terres qui en dépendoient, pour lui servir de titre clérical. Le fils étant décédé, ses créanciers appelèrent le père son héritier, en déclaration d'hypothèque : celui-ci demanda la réduction de la donation jusqu'à la concurrence de la Légitime de ses autres enfans. Mais comme ces derniers n'étoient point en cause, qu'ils ne se plaignoient pas, & qu'il étoit incertain quels biens laisseroit le père au moment de son décès, il a été jugé par l'arrêt cité, que les créanciers du donataire étoient fondés à exercer leur hypothèque sur toute la maison dont il s'agissoit.

Il arrive quelquefois que l'on cache une donation sous les apparences d'un contrat onéreux : par exemple, un père vend à un de ses enfans, ou même à un étranger, un bien dont il n'exige pas le prix : cette vente sera-t-elle sujette à la Légitime ? Il n'y a point de difficulté sur l'affirmative. La loi qui défend de faire des donations au préjudice de la Légitime des enfans, ne seroit plus qu'un frein inutile, s'il étoit permis de soustraire une libéralité à ses dispositions, en la revêtant des couleurs d'une aliénation à titre onéreux. Aussi trouve-t-on dans le droit Romain plusieurs textes qui assimilent de pareilles ventes aux donations (*).

(*) Cùm in venditione quis pretium rei ponit, donationis causâ non exactorus, non videtur vendere. *L.* 36, D. *de contrahenda emptione.*

Donationis causâ factâ venditione, non pro emptore, sed pro donato res tradita usu capitur. *L.* 6, D *pro donato.*

Lorſqu'un bien a été vendu à vil prix, il faut, pour ſavoir ſi la vente eſt ſujette à la Légitime à proportion de la plus value, diſtinguer le cas où le vendeur a eu l'intention de donner, d'avec celui où ne penſant qu'à contracter, il a été trompé ſur la valeur de la choſe.

Dans le premier cas, le retranchement doit avoir lieu ſans difficulté. Il eſt vrai que la loi 38, D. *de contrahendâ emptione*, veut que l'on regarde comme une vente entière & abſolue le contrat par lequel *viliore pretio res, donationis causâ, diſtrahitur*; mais elle excepte de ſa déciſion les ventes à vil prix qui ſe font entre perſonnes incapables de ſe donner l'une à l'autre; & cette exception s'applique ſans contredit à toutes les ventes de cette eſpèce qui tendroient à avantager quelqu'un au préjudice d'une prohibition légale (*).

(*) *Voici les termes de cette loi :*

Si quis donationis cauſâ minoris vendat, venditio valet. Toties enim dicimus in totum venditionem non valere quoties univerſa venditio donationis cauſâ facta eſt. Quoties verò viliore pretio res donationis cauſâ diſtrahitur, dubium non eſt venditionem valere. Hoc inter cæteros, inter virum verò & uxorem donationis cauſâ venditio facta pretio viliore nullius momenti eſt.

La loi 5, §. 5, D. de donationibus inter virum & uxorem, *développe la diſpoſition contenue dans ces derniers termes; voici ce qu'elle porte :* Circà venditionem quoque Julianus quidem minoris factam venditionem nullius eſſe momenti ait : Neratius autem cujus opinionem Pomponius non improbat, venditionem donationis cauſâ inter virum & uxorem factam nullius eſſe momenti, ſi modò cùm animum maritus vendendi non haberet, id circò venditionem commentus ſit ut donaret : enim verò ſi cùm animum vendendi haberet, ex pretio ei remiſit, venditionem quidem valere, remiſſionem autem hactenùs non valere.

Dans le second cas, les légitimaires ne peuvent exercer leur action en retranchement sur la plus value du bien, parce que cette action n'a lieu que contre des acquéreurs à titre gratuit; que l'on ne peut pas regarder comme donné ce que l'un des contractans a eu l'intention de vendre, & l'autre d'acheter; & qu'enfin la léſion n'empêche pas que tout le bien ne ſoit cenſé vendu. Il faut convenir cependant que cette déciſion a quelque choſe de dur & d'odieux; un légitimaire eſt digne de la plus grande faveur, & un acheteur qui n'a pas payé la moitié du juſte prix, n'en mérite aucune. Comment donc pourvoir à cet inconvénient? Permettre au premier d'agir contre le ſecond en reſciſion de vente ou ſupplément de plus value, ſi le temps fixé pour cela n'eſt pas encore écoulé, ce ſeroit la voie la plus ſimple & la plus courte; mais pour former une pareille demande, il faut être héritier de celui qui a vendu, & l'on a démontré plus haut qu'un légitimaire n'a point ce titre. Il n'y a donc pas d'autre parti à prendre que de donner à celui-ci une action pour obliger l'héritier à pourſuivre l'acheteur ou à lui céder ſes droits contre ce dernier; cette action à la vérité n'eſt accordée par aucune loi, il n'y a pas même un ſeul auteur qui en parle; mais elle n'a rien de contraire aux principes, & elle a pour elle le vœu de l'équité.

Mais comment peut-on dans la pratique diſtinguer l'un de l'autre les deux cas dont nous venons de parler? Nous n'avons là-deſſus aucune règle générale, ſi ce n'eſt de bien peſer les circonſtances de la vente. Dans le doute, il faut toujours préſumer que le contrat a été ſérieux &

que le vendeur n'a point penſé à faire à l'acheteur la remiſe d'une partie du prix ; c'eſt ce qui réſulte de la maxime, *nemo præſumitur velle jactare ſuum.*

Si cependant il s'agiſſoit d'une vente faite par un père à ſon fils, on préſumeroit tout le contraire, & l'on y ſeroit forcé par l'affection naturelle du premier envers le ſecond ; affection qui fait toujours ſoupçonner de la fraude dans les contrats qu'ils paſſent entre eux, lorſque les intérêts d'un tiers y ſont compromis.

Le Brun propoſe à ce ſujet une queſtion intéreſſante. Un homme achète une charge de judicature 30000 livres. Trente ans après, il la revend à un de ſes enfans pour le même prix quoiqu'elle vaille actuellement plus de 60000 livres. On demande ſi l'avantage qu'il lui fait par cette vente eſt ſujet au retranchement ? Le Brun décide pour l'affirmative, dans le cas où la charge eſt le ſeul bien du père, & pour la négative dans la thèſe générale. » La raiſon en eſt, dit-il, que » quand la charge fait tout le bien du père, on » doit conſidérer cet avantage comme un fief, » lequel conſiſtant en un ſeul manoir, fait auſſi » tout le bien de la maiſon : or en ce cas on » donne une Légitime contre le droit d'aîneſſe, » ſuivant l'article 17 de la coutume de Paris, » comme on en doit ici donner une contre cet » avantage, que les arrêts ont permis aux pères » de faire à un de leurs fils ſur le prix de leurs » charges ; l'équité naturelle demande cela. Il » n'eſt pas juſte qu'une charge de 60000 livres, » qui fait tout le bien d'une maiſon, ſoit donnée à un fils pour 30000 livres, & que par » cette eſtimation une douzaine de frères & ſœurs

» ſoient réduits à la mendicité. Auſſi les arrêts, » en établiſſant cette juriſprudence, n'ont pas en- » tendu ôter aux autres enfans leur Légitime & » leurs alimens ; mais en tout autre cas l'avan- » tage n'eſt point ſujet au retranchement, & » n'entre pas dans la maſſe des biens ſur laquelle » on fixe la Légitime..... Quand l'arrêt du » 4 février 1614 a jugé que l'avantage que fait » un père à ſon fils, en lui donnant ſa charge » pour le prix qu'elle lui a coûté, n'eſt point » ſujet à rapport, il a aſſez préjugé qu'il n'étoit » point ſujet à la Légitime, puiſque le rapport » ſe fait à la ſucceſſion, & que la Légitime eſt » une quotité dans la ſucceſſion «. Cette raiſon n'eſt pas exacte ; on a vu plus haut qu'il n'y a point de conſéquence à tirer du rapport au retranchement de la Légitime ; on ne peut donc pas appliquer ici l'arrêt du 4 février 1614, au moins en le conſidérant dans le point de vue ſous lequel le Brun nous le préſente : mais on peut l'enviſager autrement, c'eſt-à-dire, comme ayant jugé que le fils n'eſt point cenſé donataire de l'excédent de la valeur actuelle de l'office, ſur le prix qu'en a payé le père, lorſqu'il l'a acquis pour lui-même ; & ſous cet aſpect, il en réſulte clairement que cet excédent n'eſt point ſujet à la Légitime, non ſeulement parce qu'il n'eſt pas conſidéré comme donné, mais parce qu'on ne lui ſuppoſe pas d'exiſtence.

Nous avons dit que les diſpoſitions onéreuſes ne ſont pas ſujettes à la Légitime ; & c'eſt ce que prouve un texte rapporté ci-deſſus, en établiſſant que la Légitime ne doit être priſe ſur une ſucceſſion, qu'après la déduction des dettes du dé-

sunt : cette jurisprudence n'a cependant pas lieu en Normandie. L'article 399 de la coutume de cette province déclare que *la propriété du tiers de l'immeuble* destiné pour la Légitime des enfans, leur *est acquis du jour des épousailles*, *sans* que le père *le puisse vendre, engager ni hypothéquer*. Ainsi le tiers coutumier en Normandie se prend sur les biens aliénés à titre onéreux, de même que sur ceux dont le défunt a disposé à titre gratuit; & les uns comme les autres ne sont sujets à cette Légitime, que lorsqu'ils se sont trouvés dans le patrimoine du père au temps de son mariage.

La coutume ne parle que des *immeubles*, & par conséquent elle ne donne point de Légitime aux enfans sur les meubles de leur père.

Les rentes étant réputées immobilières, sont certainement comprises dans les biens que cette loi soumet à la Légitime; mais on demande si le remboursement qui s'en fait entre les mains du père, décharge le débiteur envers les enfans légitimaires. La raison de douter qu'en donne Basnage, est très-spécieuse : » Les rentes sont un » immeuble, & par conséquent affectées au tiers » des enfans : or, ce tiers étant inaliénable, il » s'ensuivoit que le débiteur ne pouvoit racheter » seulement ce tiers au préjudice de la femme » ou des enfans; de sorte que quand un créancier » devenoit père ou mari, quelque faculté que le » débiteur eût auparavant pour se libérer, il ne » l'avoit plus qu'en prenant ses précautions & » cherchant sa sûreté : & quoique cela parût contre » la nature des rentes constituées, il étoit juste

» d'introduire cette maxime contre le droit com-
» mun en faveur des enfans «. On pouvoit ajouter à cette raison l'autorité des chartes générales du Hainaut & de la coutume du chef-lieu de Mons, suivant lesquelles le débiteur d'une rente appartenant à un homme incapable d'aliéner, ne peut se libérer que par la consignation de ses deniers entre les mains des juges domiciliaires de son créancier.

Néanmoins, dit Basnage, » on a fait prévaloir
» en Normandie la faveur de la libération, par
» cette raison que les rentes constituées n'étant
» Légitimes qu'à cette condition que le rachat
» en soit perpétuellement libre au débiteur, il
» ne pouvoit perdre cette faculté par le mariage
» du créancier, & qu'il n'étoit pas raisonnable
» de lui imposer cette sujétion de stipuler ou
» de chercher un remploi de ses deniers; &
» après plusieurs arrêts qui l'avoient jugé de la sorte,
» la cour en a fait un réglement non seulement
» pour les rentes constituées à prix d'argent,
» mais aussi pour les rentes foncières & seigneu-
» riales «. Voici en effet ce que porte l'article 76 des placités de 1666 : *Celui qui a fait le rachat d'une rente constituée par argent, foncière ou seigneuriale, ne peut être poursuivi par le créancier de celui auquel elle étoit due, ni inquiété pour le douaire de sa femme, ou le tiers de ses enfans, S'IL N'Y A EU SAISIE OU DÉFENSES DE PAYER AVANT LEDIT RACHAT, & néanmoins la femme & les enfans en auront récompense sur les autres biens affectés audit douaire & tiers desdits enfans* : » Et par ce
» moyen, ajoute Basnage, les enfans n'en re-
» çoivent du préjudice, que quand tout le bien

» de leur père consistoit en des rentes qui ont » été rachetées «.

On a mis en question si les enfans pouvoient prétendre leur tiers coutumier sur des biens que leur père avoit vendus pour rembourser des rentes dont il étoit chargé avant son mariage ; la négative a été prononcée par deux arrêts du parlement de Rouen des 4 mai 1682 & 19 mars 1685, & elle résulte assez clairement de l'article 396 de la coutume, portant, que » si le mari a » vendu de son propre pour faire ledit racquit, » la femme prenant douaire sur les héritages » déchargés, ne pourra prétendre sur ledit hé- » ritage vendu «.

Voyons maintenant dans quel ordre les biens sujets à la Légitime doivent y contribuer. Il y a à cet égard trois classes de discussion : dans la première sont les biens que le défunt a laissés en mourant sans en avoir disposé valablement ; la seconde est composée de ceux qu'il a légués par son testament ; & la troisième, de ceux dont il a disposé entre vifs.

Les légitimaires ne peuvent intervertir l'ordre de cette discussion, il faut qu'ils épuisent toute la première classe, avant de toucher à la seconde ; & celle-ci, avant de passer à la troisième. C'est ce qu'insinuent clairement ces termes de l'ordonnance de 1731, article 34 : *Si les biens que le donateur aura laissés en mourant sans en avoir disposé, ou sans l'avoir fait autrement que par des dispositions de dernière volonté, ne suffisent pas pour fournir la Légitime des enfans . . . . ladite Légitime sera prise sur* les donations. C'est la raison elle-même qui a tracé cet ordre : d'un côté, lorsque les biens dont le défunt n'a disposé

en aucune manière, suffisent pour remplir la Légitime, il est certain que le défunt n'a pas excédé son pouvoir, ses dispositions doivent donc avoir leur entier effet. D'un autre côté, si ces biens ne suffisent pas, les légataires doivent contribuer avant les donataires entre vifs, parce que ceux-ci avoient un droit acquis du vivant du testateur, au lieu que ceux-là ne l'ont eu qu'à sa mort. *Qui prior tempore, potior jure.*

Il y a sur chaque degré de discussion quelques difficultés qu'il faut examiner. On demande à l'égard du premier, si lorsque l'héritier a aliéné des biens qu'il a trouvés dans la succession, le légitimaire est obligé de le discuter avant de se pourvoir contre le tiers-acquéreur. Le Brun soutient la négative, » parce que le légitimaire a un » droit réel sur l'héritage qui lui appartient par » partie, la Légitime étant *quota hereditatis*, & » la part se faisant au légitimaire par voie de » partage & par jet de lots, ni plus ni moins » à proportion que s'il étoit héritier «. La Légitime n'est point une quote de l'hérédité, comme l'avance le Brun; c'est une quote des biens; elle ne saisit point; & quoique l'on puisse en former la demande contre un tiers possesseur, l'action que l'on intente à ce sujet ne laisse pas d'être personnelle dans son origine; aussi l'appelle-t-on communément *condictio ex lege personalis in rem scripta.* D'après cela, on ne doit pas trouver surprenant que deux arrêts aient rejeté l'opinion de le Brun.

» Marcelin Gardon de Monistrol en Velay, » ayant plusieurs enfans, fait son héritier uni- » versel l'un d'eux. Autre desdits enfans nourri » aux champs, & revenu, trouve son père mort,

» & ſon frère héritier, diſſipateur de biens, qui » avoit preſque tout vendu. Il le fait appeler & » auſſi les acheteurs des biens héréditaires, afin » d'avoir ſa Légitime .... il a jugement, par » lequel ſa Légitime lui eſt adjugée en corps » héréditaires. Quand il veut exécuter ſon juge- » ment, il s'adreſſe autant aux tiers acheteurs » comme à l'héritier. L'un deſdits achereurs, nom- » mé Claude Torton, s'oppoſe; il eſt débouté » & n'eſt ouï; il appelle : par arrêt de Tholoſe, » du 16 jour de mars 1555, l'appellation miſe » au néant, eſt dit que l'exécution ſera com- » mencée & continuée ſur les biens tenus par » l'héritier, & à faute d'iceux & au cas qu'ils » ne ſuffiroient, ſeroit ladite exécution faite ſur » les biens aliénés par l'héritier après le décès » du père, & ſans dépens «. (Papon, livre 20, titre 7, nombre 8).

Un arrêt du parlement d'Aix du 16 février 1583, » porte, que ladite Légitime eſt liquidée en » faveur d'Etienne Bonnet, petit-fils de Jean » Michel ſon aïeul maternel, avec les fruits, à » 3144 florins, pour laquelle ſomme, enſemble » pour les dépens faits tant en la liquidation » qu'en l'adjudication de ladite Légitime, ledit » Bonnet ſe colloquera ſur les biens poſſédés par » l'héritier, & s'ils ne ſuffiſent pas au payement, » il ſe colloquera pour le ſurplus ſur les biens » médiocres dudit Jean, aliénés par ſon héritier, » & poſſédés par les tiers-acquéreurs «. (Duperrier, tome 2, page 323 de l'édition de 1759).

On ne peut rien de plus précis que ces arrêts; & leur déciſion eſt encore fortifiée par les ſuffrages de Barry, de M. Maynard, de Furgole & de l'annotateur de Duperrier. Cependant, tout bien

considéré, c'est à l'opinion de le Brun qu'il faut se tenir; M. le président Favre l'adopte expressément, & M. Roussilhe la met dans le plus grand jour : » Le légitimaire ayant un droit sur tous » les biens, on ne peut pas le forcer à se contenter de ce qui reste, quoique cela suffise » pour remplir sa Légitime. Il peut se faire, » comme cela arrive ordinairement, que ce soit » ce qu'il y a de plus mauvais : ainsi il ne peut » être obligé de s'en contenter, il a droit d'en » faire faire le partage, & jeter les lots au sort, » sans être tenu d'aucune discussion, mais simplement d'appeler les acquéreurs pour assister au » partage, & si les biens vendus ou partie d'iceux » lui échoient, en ce cas, je pense qu'ils doivent lui appartenir nonobstant la vente «.

Lorsque le légitimaire est obligé de s'adresser à la seconde classe de discussion, c'est-à-dire, aux biens dont le défunt a disposé par son testament, il faut qu'il se pourvoie contre l'héritier institué ou légataire universel, avant de pouvoir inquiéter les légataires particuliers. Ricard, le Brun, Dupleſſis, le Maître, Bourjon, & une foule d'autres auteurs le pensent ainsi; & la raison sur laquelle leur sentiment est fondé paroît sans replique; c'est, dit le Brun, » qu'il n'appartient à » l'héritier ou légataire universel que le résidu » des biens, toutes dettes & toutes charges déduites; ce qui a son fondement dans la présomption de la volonté du défunt, qui, ayant fait » des legs particuliers & une institution d'héritier » ou un legs universel, est réputé avoir voulu que » les légataires particuliers fussent payés indistinctement de leurs legs, & que s'il laissoit des » dettes & des charges, elles fussent acquittées

» par ſon héritier ou ſon légataire univerſel, » parce qu'il n'y a point de biens dans l'inſti- » tution, que ce qui reſte après les dettes dé- » duites «.

On pourroit oppoſer les loix 2 & 7, D. *ad trebellianum*, & la loi 2, C. *ad legem falcidiam*, ſuivant leſquelles les légataires & fidéicommiſſaires particuliers contribuent à la quarte trébellianique, conjointement avec le fidéicommiſſaire univerſel : mais cette diſpoſition eſt fondée ſur une raiſon particulière ; la détraction de la quarte trébellianique a été introduite pour faire ſubſiſter le teſtament, c'eſt-à-dire, pour engager l'héritier inſtitué à accepter la ſucceſſion, & par ce moyen donner effet aux legs & fidéicommis : ainſi les légataires & fidéicommiſſaires particuliers profitent auſſi bien de cette détraction que les fidéicommiſſaires univerſels, & par conſéquent il eſt juſte que les uns y contribuent avec les autres. On ne peut certainement pas en dire autant de la Légitime ; il eſt évident au contraire qu'elle forme une dette de ſucceſſion, & cela ſeul ſuffit pour obliger celui à qui elle eſt due d'en demander le payement à l'héritier ou légataire univerſel, avant de toucher aux diſpoſitions particulières du défunt.

Quand le légitimaire a épuiſé le legs univerſel, chacun des légataires particuliers doit contribuer, à proportion de ſon legs, pour former la Légitime. Voyez ce que nous avons dit ſur cette contribution à l'article LÉGATAIRE, & obſervez qu'elle n'a point lieu dans le cas où le teſtateur a grevé la Légitime d'un uſufruit, d'une ſubſtitution ou d'une condition : alors on commence par annuller ces diſpoſitions juſqu'à concurrence du préjudice qu'elles portent à la portion légitimaire,

& si cette portion ainsi dégagée des charges contraires à sa nature, ne se trouve pas encore remplie, on entame les autres legs pour la compléter. » Tel est, dit Bourjon, l'usage du châtelet, fondé » sur ce qu'en ce cas c'est un prélévement à faire » sur cette portion qui n'a pu passer au Légataire » d'icelle qu'avec cette charge que la loi municipale y avoit imprimée «. Voyez la section 7 de cet article.

La principale difficulté qu'il y ait sur le troisième degré de discussion, est de savoir si tous les donataires entre vifs doivent contribuer à proportion de ce qu'ils ont reçu du défunt, ou si le légitimaire est obligé d'épuiser les dernières donations avant de donner atteinte aux premières.

Le premier parti est soutenu par Accurse le fils, Dumoulin, le président Favre, Perès, Carondas, & il a été adopté par deux arrêts du parlement de Paris, des 3 décembre 1642, & 14 mars 1675, rapportés au journal du palais. Nous lisons même dans ce recueil, tome 4, page 683, que » depuis ces arrêts il y en a eu un autre du » 22 janvier 1683, qui a jugé de même entre » les nommés Guyon, Sauvage & Debene; & » un autre du 2 septembre 1686, entre les » nommés Dubuisson de Lyon, confirmatif de » la sentence du sénéchal de Lyon, au rapport » de M. Chassepot de Beaumont, en la deuxième » des enquêtes «. M. le président d'Hermanville en rapporte un semblable rendu au parlement de Flandres le 7 avril 1690.

L'autre opinion a pour partisans Accurse, Bartole, Paul de Castres, Jean Faber, d'Argentré, Chopin, Ricard, Auzanet, le Brun, de la Cham-

pagne, & elle a été suivie par le plus grand nombre des arrêts rendus sur cette matiere. MM. de la Rocheflavin & de Cambolas en rapportent deux rendus au parlement de Toulouse les 13 septembre 1543 & 31 janvier 1603; nous en trouvons trois autres du parlement de Bordeaux des 1 juillet 1656, 23 mars 1661, & 4 juillet 1688, rapportés dans les décisions de la Peyrere; un du parlement de Grenoble du 11 avril 1639, dans Despeisses; deux du parlement d'Aix des 30 juin 1614 & 7 juin 1636, dans le commentaire de Mourgues, sur les statuts de Provence. Le parlement de Paris en a rendu six semblables: le premier est du 7 septembre 1675, c'est Ricard qui le rapporte; le second est du 9 mars 1688, on le trouve au journal du palais; le troisième, du 5 février 1695; le quatrième, du 16 juin 1697; & le cinquième, du 7 septembre 1705, sont rapportés au journal des audiences; le sixième, du 30 juillet 1709, nous a été conservé par Brillon: » J'ai vu, dit cet auteur, dans les notes manuscrites de M. Secousse, avocat, un arrêt conforme à celui du 16 juin 1697, rendu au » rapport de M. l'abbé Pucelle, conseiller en la » grand'chambre, le 30 juillet 1709, entre la » comtesse de Breves & le marquis de Joue «. C'est ce jugement qui a décidé la cause appointée au conseil par arrêt du 26 avril 1706, rapporté au journal des audiences.

Nous ne devons pas laisser ignorer les motifs de cette jurisprudence; voici comme les exposoit M. l'avocat-général Joly de Fleury lors de l'arrêt que nous venons de citer. » Si l'on examine la » question dans les véritables règles, il y a un » premier principe certain; les donations sont » irrévocables

» irrévocables de leur nature ; anciennement même » elles ne pouvoient être retranchées pour la Légitime ; mais depuis on a établi des constitutions pour les attaquer par l'inofficiosité ; on ne » le peut que lorsqu'elles sont inofficieuses, & » il n'y a certainement que la dernière qui soit » telle, puisque si elle n'avoit point été faite, il n'y » auroit point eu d'inofficiosité «.

» Un second principe est que si on autorisoit » la contribution, il dépendroit d'un père de détruire les avantages faits au premier donataire » par la première donation, en faisant d'autres » donations immenses ; ainsi le parti de la discussion paroît le plus conforme aux règles.

» On fait cependant trois objections ; la première est que la contribution rétablit l'égalité » entre les enfans donataires : mais, 1°. nous » ne sommes pas dans l'espèce des coutumes » d'égalité : 2°. cela prouveroit que les pères ne » pourroient avantager aucun de leurs enfans ; ils » le peuvent cependant, pourvu que la Légitime » soit réservée.

» La seconde objection est que tout avantage » est avancement d'hoirie. Cela est vrai, si l'enfant dans la suite ne renonce à la succession ; » mais s'il renonce, cela est faux ; & c'est ce qui » a fait que Me Charles Dumoulin a été du sentiment de la contribution dans le temps de » l'ancienne coutume, où on ne pouvoit se tenir » à son don, en renonçant à la succession ; usage » qui a été aboli par la nouvelle coutume, & qui » détruit par conséquent la raison sur laquelle se » fonde Me. Charles Dumoulin.

» La troisième objection tirée de l'article 307 de » la coutume de Paris, ne décide ni pour la con-

» tribution, ni pour la discussion ; ainsi la question » reste entière «.

A ces raisons se réunit l'autorité de trois coutumes qui embrassent nettement le parti de la discussion ; ce sont celles d'Anjou, du Maine & de Normandie. Voici ce que porte la première, article 235 : » Qui donne plus qu'il ne peut à » diverses personnes par un contrat ou plusieurs, » le don sera rescindé sur chacun des donataires, » selon la grandeur du don ; si ainsi est que des dons » soient faits à iceux donataires pour en jouir » après le décès du donateur & non plutôt. Mais » si d'aucuns des dons le donateur se dépouille » & en saisit les donataires de son vivant, & » depuis fait d'autres, ceux qui seront ensaisinés » des premiers dons qui n'excèdent point, jouiront de tous iceux dons «. La première partie de cet article est relative aux donations à cause de mort, & la seconde aux donations entre vifs ; la coutume ordonne la contribution entre celles-là, parce que les libéralités de cette espèce ne sont point susceptibles de priorité ni de postériorité, & elle établit la discussion à l'égard de celles-ci, parce qu'elles ont chacune leur date & leur perfection du jour qu'elles ont été passées.

La coutume du Maine, article 347, contient absolument la même disposition que celle d'Anjou. Quant à celle de Normandie, voici les termes dont elle se sert, article 403 : » Et où le père » auroit fait telle aliénation de ses biens que ledit » tiers ne se pourroit prendre en essence, ses enfans pourront révoquer les dernières aliénations, » jusqu'à la concurrence dudit tiers «.

Le parti de la discussion a donc en sa faveur l'opinion des jurisconsultes les plus éclairés, la

décision des arrêts les plus solemnels, la lumière des principes, & la disposition des coutumes. Il ne manquoit à des autorités aussi respectables que la sanction du législateur, & il la leur a imprimée par l'ordonnance de 1731. L'article 34 de cette loi porte, que *si les biens que le donateur aura laissés en mourant sans en avoir disposé, ou sans l'avoir fait autrement que par des dispositions de dernière volonté, ne suffisent pas pour fournir la Légitime des enfans, eu égard à la totalité des biens compris dans les donations entre vifs par lui faites, & de ceux qui n'y sont pas renfermés, ladite Légitime sera prise premièrement sur la dernière donation, & subsidiairement sur les autres, en remontant des dernières aux premières.*

Il y a une exception à cette règle pour les enfans donataires; Ricard l'a établie, & l'ordonnance l'a consacrée : *Et en cas*, ajoute l'article cité, *qu'un ou plusieurs des donataires soient du nombre des enfans du donateur qui auroient eu droit de demander leur Légitime sans la donation qui leur a été faite, ils retiendront les biens à eux donnés, jusqu'à concurrence de la valeur de leur Légitime, & il ne seront tenus de la Légitime des autres que pour l'excédent.* Cette exception est extrêmement équitable, dit M. Sallé, puisque le père, bien loin d'excéder les bornes de son pouvoir en donnant à un ou plusieurs de ses enfans jusqu'à concurrence de leur Légitime, n'a fait au contraire que s'acquitter à leur égard, de son vivant, d'une dette dont il étoit tenu envers eux après sa mort.

Mais que faudroit-il décider dans le cas où le dernier donataire seroit insolvable? Son insolvabi-

lité donneroit-elle au légitimaire le droit de demander toute sa Légitime aux donataires antérieurs qui se trouveroient en état de la fournir ? Par exemple, un père chargé de trois enfans en marie deux, & leur donne à chacun six mille livres ; ses affaires viennent à décliner, & il finit par ne laisser que ce qu'il faut de biens pour payer ses dettes. Son troisième fils, qui est par-là réduit à sa Légitime, en forme la demande contre celui de ses frères qui a été marié le dernier ; mais il le trouve absolument insolvable : peut-il alors se pourvoir contre le premier marié ?

Il y a là-dessus quatre opinions différentes. La première est celle de le Maître, qui soutient la négative. » Cette décision, dit-il, peut être contestée, & il paroît rude de laisser un enfant » sans Légitime, pendant que des premiers donataires jouissent de biens considérables : mais » puisque c'est le dernier donataire qui est débiteur de la Légitime ; puisque c'est lui qui en » avoit le fonds entre les mains, c'est un malheur » pour le légitimaire que ce fonds ait été dissipé ; » mais les premiers donataires ne peuvent pas » être garans de cette dissipation ; leur obligation n'étoit autre que de contribuer à la Légitime, en cas qu'il n'y eût pas de quoi la » fournir sur les autres biens dans le temps » que les derniers donataires les ont reçus ; » hors ce cas le don leur est acquis incommutablement «.

La seconde opinion adoptée par le Brun, est que le légitimaire trouvant le dernier donataire insolvable, peut remonter purement & simplement au premier ; cela paroît conforme à l'ordre de discussion établi ci-dessus, » d'autant plus,

» dit le Brun, que quand la coutume donne une » Légitime qui tient lieu d'alimens au légitimaire, » elle entend la donner avec effet «.

La troisième opinion est celle de Pothier. Suivant lui, lorsque le donataire postérieur contre qui l'on doit se pourvoir pour la Légitime, est insolvable, on peut à la vérité s'adresser aux donataires qui le précèdent ; mais dans la masse des biens pour la fixation de la Légitime, on ne doit pas comprendre la donation qui lui a été faite, sauf à la lui faire rapporter, s'il devenoit solvable par la suite ; ce tempérament tend à compenser le désavantage du donataire antérieur à l'insolvable, & l'équité en est sensible ; le dernier donataire ayant dissipé les biens qu'il a reçus du défunt, ces biens doivent être considérés, par rapport à la Légitime, comme si le défunt les avoit dissipés lui-même.

La quatrième opinion est que le légitimaire puisse pareillement agir contre le donataire qui précède l'insolvable ; mais qu'il porte sa part de l'insolvabilité du dernier donataire, comme le feroit un demi-héritier, s'il s'agissoit de faire entre plusieurs cohéritiers le réglement d'une dette passive.

De toutes ces opinions, il paroît que la seconde doit être préférée. En effet, il n'est pas juste que la Légitime d'un enfant soit altérée par le fait d'un donataire, tandis qu'il en reste un autre auquel on peut s'adresser pour cet objet ; rien n'est plus sacré dans l'ordre des successions que la portion d'un légitimaire, & dans le doute le meilleur avis est celui qui la favorise.

D'ailleurs chacune des trois autres opinions

a des défauts essentiels La première est d'une injustice révoltante : seroit-il possible que tandis qu'il y a des biens du père qui ont passé à titre gratuit dans les mains de quelqu'un, & sur-tout d'un enfant à qui la nature a égalé ses frères, il se trouvât un de ces derniers, qui, sans être déshérité, fut privé de toute sa Légitime ?

La troisième opinion est très-irrégulière, non seulement parce que c'est une maxime constante & fondée sur l'article 34 de l'ordonnance de 1731, que tous les biens dont le défunt a disposé à titre gratuit entrent dans la masse, mais encore parce qu'il n'y a aucun prétexte pour en distraire les donations consommées : en effet, pourquoi un bien donné entre-t-il dans la masse ? C'est parce que le père ne devoit pas répandre ses libéralités, soit sur des étrangers, soit sur quelques-uns de ses enfans, sans s'occuper des autres : or, cette raison n'a pas moins lieu quand le dernier donataire est insolvable, que quand il est solvable ; dans un cas comme dans l'autre, il est toujours vrai de dire que le père a eu tort de prodiguer ses biens en donations superflues, pendant qu'il ne laissoit pas de Légitime à quelques-uns de ses enfans.

La quatrième opinion n'est pas plus soutenable : les fictions qu'il faut faire pour l'admettre, sont trop extraordinaires pour qu'il soit possible de les adopter. D'abord il faut considérer le donataire qui renonce comme un héritier ; cette idée est, pour ainsi dire, monstrueuse ; une fiction peut bien aider la vérité, mais elle ne doit jamais la détruire ; *ne imagine veritas adumbretur*, dit le grand Papinien dans la loi 23, D. *de liberis & posthumis*. En second lieu, il faut supposer au

légitimaire la qualité d'héritier, & nous avons fait voir ci-dessus, section 2, que cela est contraire aux vrais principes. Enfin il faut regarder comme cohéritiers deux personnes, dont l'une exerce contre l'autre une action révocatoire ; ce qu'elle ne pourroit certainement pas faire si elle étoit héritière du défunt, puisqu'en cette qualité elle seroit tenue d'entretenir ses dispositions.

C'est donc à la seconde opinion que l'on doit se tenir; elle est plus juste, plus équitable, plus conforme au vœu de la nature que les trois autres : de pareils titres de préférence ne sont pas équivoques.

Ce que nous disons du cas où le dernier donataire est devenu insolvable, n'a lieu que quand il a absolument consommé les biens qui lui ont été donnés; car si ces biens existoient encore entre les mains d'un tiers-acquéreur, le légitimaire seroit obligé de les épuiser avant de pouvoir agir contre le donataire antérieur.

Il s'élève quelquefois des doutes sur la priorité ou postériorité de plusieurs donations entre elles. La règle qu'il faut observer sur ce point, est que chaque donation doit être mise en rang suivant le temps où elle a été revêtue de toutes les formes qui constituent son essence, c'est-à-dire, de la passation devant notaires, de l'acceptation & du dessaisissement. Il n'en est pas de même de l'insinuation, puisqu'elle peut être faite jusqu'au dernier moment de la vie du donateur, & même quelquefois après sa mort, sans que la donation en soit moins parfaite que si cette formalité avoit été remplie au temps de la confection de l'acte. Aussi a-t-il été jugé par arrêt du parlement de Toulouse du 31 janvier 1603, qu'une donation

postérieure en date, quoique insinuée la première, devoit être épuisée pour le fournissement de la Légitime, avant qu'une autre donation ne pût être entamée. Cet arrêt est rapporté par M. de Cambolas, livre 3, chapitre 30.

On a demandé si le contrôle pouvoit être de quelque effet dans la coutume de Normandie, pour déterminer la priorité ou postériorité de plusieurs acquisitions. La raison de douter, étoit que le contrôle emporte hypothèque dans cette province ; & sur ce fondement, il avoit été rendu en la justice de Gournay une sentence qui ordonnoit que les premiers acquéreurs dont les contrats n'étoient pas contrôlés fourniroient la Légitime des enfans du vendeur, à la décharge des derniers acquéreurs qui avoient rempli cette formalité. Mais, sur l'appel au parlement de Rouen, il intervint arrêt du 18 janvier 1654, qui infirma la sentence & ordonna que les derniers acquéreurs fourniroient la Légitime. » Il faut, dit Basnage, faire différence entre les » acquéreurs & les créanciers : pour ceux-ci, » l'on considère le contrôle, parce que le débi- » teur qui demeure toujours possesseur de ses » héritages, peut donner une hypothèque, & en » ce cas c'est le contrôle qui règle la préférence ; » mais pour les acquéreurs, ce qui est une fois » sorti des mains du vendeur, ne lui appartenant » plus, il ne peut être hypothéqué par lui.

La règle établie pour la discussion des donataires suivant la date de leurs donations, admet certaines exceptions qu'il est à propos d'examiner ici. Pour le faire avec ordre, il faut distinguer les donations limitées aux biens présens, d'avec celles qui comprennent aussi les biens à venir.

On demande si un donataire de biens présens peut être valablement chargé par le donateur de payer les Légitimes, à l'acquit des héritiers des légataires ou des donataires postérieures. La négative ne souffre aucun doute lorsque la donation n'est point faite par un contrat de mariage, & même dans ce cas la nullité de sa clause dont il s'agit emporte celle de la donation, *vitiatur & vitiat*; c'est ce que décide l'article 16 de l'ordonnance de 1731: » Les » donations qui ne comprendroient que les biens » présens seront pareillement déclarées nulles, » lorsqu'elles seront faites à condition de payer » les dettes & charges de la succession du dona- » teur.... même de payer les Légitimes des en- » fans du donateur, au delà de ce dont ledit » donataire peut en être tenu de droit, ainsi » qu'il sera réglé ci-après «. Cette disposition est fondée sur la maxime, *donner & retenir ne vaut*: s'il étoit permis d'assujettir indéfiniment un donataire au payement des Légitimes, il seroit libre au donateur de diminuer l'effet de sa libéralité en contractant des dettes qui seroient préférées aux Légitimes, & par conséquent réfléchiroient sur la donation.

La règle, *donner & retenir ne vaut*, n'a pas lieu dans les contrats de mariage; aussi les donations faites par ces sortes d'actes peuvent-elles être chargées indéfiniment des Légitimes; l'article 18 de l'ordonnance de 1731 est on ne sauroit plus précis là-dessus: » Entendons pareille- » ment que les donations des biens présens faites » à condition de payer indistinctement toutes les » dettes & charges de la succession du donateur, » même les Légitimes indéfiniment..... puis-

» sent avoir lieu dans les contrats de mariage » en faveur des conjoints ou de leurs descendans... » & que le donataire soit tenu d'accomplir les- » dites conditions, s'il n'aime mieux renoncer à la » donation «.

Quand on donne tous ses biens présens & à venir, ce qu'on ne peut faire que par contrat de mariage, on peut charger le donataire du payement de toutes les Légitimes, & même il y est tenu, quoiqu'on ne l'en ait pas chargé expressément, parce qu'il est à la place de l'héritier. C'est la disposition expresse de l'article 36 de l'ordonnance de 1731 : » Dans le cas où la do- » tion des biens présens & à venir a été auto- » risée par l'article 17, si elle comprend la to- » talité desdits biens présens & à venir, le do- » nataire sera tenu indéfiniment de payer les » Légitimes des enfans du donateur, soit qu'il en » ait été chargé nommément par la donation, soit » que cette charge n'y ait pas été exprimée.... » sauf au donataire de renoncer, si bon lui sem- » ble, à la donation «.

Si le donateur de tous biens présens & à venir s'étoit réservé la disposition d'une somme, & qu'il en eût effectivement disposé à sa mort, le donataire universel pourroit-il obliger le légitimaire de discuter cette somme, soit pour remplir sa Légitime, soit pour en acquitter seulement une partie? L'affirmative paroît assez clairement établie par l'article 34, suivant lequel on doit épuiser les biens dont le défunt a disposé par acte de dernière volonté, avant de pouvoir agir sur les donations. Cependant il faut tenir sans difficulté pour la négative : 1°. parce que l'article 34 ne parle que des donations bornées aux biens

préſens : 2°. parce que le donataire univerſel tient la place de l'héritier (*) qui doit payer les Légitimes avant les légataires particuliers : 3°. ſi les biens réſervés devoient ſupporter la Légitime, ce ſeroit en vain que le donateur en auroit retenu la diſpoſition, puiſque la Légitime les abſorberoit : 4°. l'article 36 veut que le donataire univerſel ſoit *tenu indéfiniment de payer les Légitimes des enfans du donateur ;* on ne doit donc pas diſtinguer s'il y a une réſerve dans la donation, ou s'il n'y en a pas : 5°. le même article permet au donataire de renoncer à la donation ; cette faculté ſuppoſe que la donation peut être onéreuſe, ſoit à cauſe des dettes & autres charges, ſoit à cauſe des Légitimes ou des réſerves ſtipulées par l'acte de donation : or, cela n'arriveroit pas ſi les biens réſervés devoient être épuiſés pour les Légitimes, avant que l'on ne pût toucher aux biens donnés.

L'article 17 permet au donataire de tous biens préſens & à venir, de s'en tenir aux biens qui exiſtoient au temps de la donation, & de renoncer aux biens acquis dans l'intervalle de cet acte à la mort du donateur. Si le donataire uſe de cette faculté, quelle ſera ſon obligation par rapport au payement des Légitimes ? L'article 37 porte, que » les Légitimes ſe prendront ſur leſdits biens » poſtérieurement acquis, s'ils ſuffiſent, ſinon ce » qui s'en manquera ſera pris ſur tous les biens » qui appartenoient au donateur dans le temps » de la donation, ſi elle comprend la totalité » deſdits biens «.

(*) Hi qui in univerſum jus ſuccedunt, heredis loco habentur. *L.* 128, *parag.* 1, D. *de regulis juris.*

Mais ne faut il pas excepter de cette disposition le cas où le donataire de tous biens présens & à venir seroit chargé expressément de payer les Légitimes ? La raison de douter est assez plausible : la renonciation que fait le donataire universel aux biens acquis par le donateur depuis la confection de l'acte, opère une division réelle de la donation, & la fait considérer comme si elle n'étoit que des biens présens : or, l'article 18 oblige le donataire de biens présens par contrat de mariage, d'acquitter les Légitimes dont la charge lui a été imposée.

Il faut cependant tenir le contraire pour deux raisons : 1°. l'article 37 se rapporte au précédent, comme le prouvent les mots, *si néanmoins le donataire*, & tout ce qui suit : l'exception qu'il renferme doit donc comprendre tous les cas dont parle l'article 36 ; s'il en étoit autrement, le législateur n'auroit pas manqué d'exprimer les cas sur lesquels l'exception devoit porter ; & puisqu'il ne l'a pas fait, & qu'au contraire il s'est expliqué en termes indéfinis, il faut nécessairement appliquer l'exception à chacune des hypothèses décidées par l'article 36. Or, cet article ordonne que le donataire de tous biens présens & à venir *sera tenu indéfiniment de payer les Légitimes des enfans du donateur, soit qu'il en ait été chargé nommément par la donation, soit que cette charge n'y ait pas été exprimée.* Ainsi dans le cas de l'article 37 le donataire universel est fondé à rejeter la charge des Légitimes sur les biens acquis postérieurement à la donation, soit que cette charge lui ait été nommément imposée par l'acte, soit qu'elle n'y ait pas été exprimée. 2°. Il résulte clairement de l'article 37,

que le payement des Légitimes n'eſt point à la charge du donataire des biens préſens, mais à celle de l'hérédité compoſée des biens à venir : c'eſt donc par la ſeule conſidération des biens à venir qu'on l'a obligé dans l'acte de payer les Légitimes, & par conſéquent, dès qu'il eſt reçu à répudier ces biens, il doit être délivré de ſon obligation directe, & il ne doit plus en être tenu que ſubſidiairement en cas d'inſuffiſance des biens acquis poſtérieurement. C'eſt une ſuite naturelle de la maxime, *ceſſante causâ, ceſſat effectus.*

Lorſque la donation des biens préſens & à venir n'en comprend point la totalité, mais ſeulement une quote, il faut, pour connoître les obligations du donataire par rapport aux Légitimes, diſtinguer ſi le donateur l'a chargé de les payer ou non.

Dans ce dernier cas, le donataire n'eſt tenu de contribuer aux Légitimes qu'au défaut des biens reſtans, & dans l'ordre preſcrit par l'article 34 de l'ordonnance de 1731. C'eſt, dit M. de Catelan, ce qui » a été jugé en la grand'chambre » du parlement de Toulouſe le 6 mai 1669, en » la cauſe des nommés Leſtrades «; & c'eſt ce que décide l'article 36 de la loi que nous venons de citer. » Lorſque la donation, porte ce texte, » ne contiendra qu'une partie des biens préſens & » à venir, le donataire ne ſera obligé de payer » leſdites Légitimes au delà de ce dont il peut » en être tenu de droit, ſuivant l'article 34, qu'en » cas qu'il en ait été expreſſément chargé par la » donation, & non autrement «.

C'étoit une queſtion avant l'ordonnance, ſi l'obligation impoſée au donataire dont il s'agit,

de payer sa portion des dettes & des charges, comprenoit les Légitimes. La jurisprudence des arrêts n'étoit point uniforme là dessus. Le parlement de Toulouse avoit adopté l'affirmative, suivant le témoignage de M. Maynard, livre 2, chapitre 93, & livre 10, chapitre 11; de M. de Cambolas, livre 4, chapitre 7, & de M. d'Olive, livre 5, chapitre 15. On jugeoit de même au parlement de Grenoble, comme l'atteste Basset, tome 2, livre 4, titre 23, chapitre 2. Le parlement de Bordeaux embrassoit tantôt un parti, tantôt un autre, suivant la Peyrere, lettre O, n. 102; mais, s'il en faut croire Henrys, tome 1, livre 4, chapitre 6, question 93, le parlement de Paris jugeoit que le mot *charges* ne comprenoit pas les Légitimes; & c'est à cette jurisprudence que l'article cité de l'ordonnance de 1731 a donné la préférence; car il décide, comme on l'a vu, que le donataire d'une quote des biens présens & à venir doit être *expressément chargé* du payement des Légitimes, & qu'autrement il n'en est pas tenu plus particulièrement que tout autre donataire.

Lorsque cette charge est stipulée nommément, ajoute le même article, » le donataire sera tenu » directement & avant tous les autres donataires, » quoique postérieurs, d'acquitter lesdites Légiti- » mes pour la part & portion dont il aura été chargé » dans la donation «. On demande si cette disposition doit avoir lieu lorsque le donataire d'une quote des biens présens & à venir concourt avec les héritiers *ab intestat*. Par exemple, un père marie son fils & lui donne la moitié de ses biens présens & à venir, à la charge de payer la moitié des Légitimes; il meurt ensuite *ab intestat*.

Ceux des autres enfans qui ſont ſes héritiers peuvent-ils demander que le frère donataire contribue pour la moitié au payement des Légitimes? M. de Cambolas, livre 5, chapitre 40, rapporte un arrêt du parlement de Toulouſe qui décharge ce dernier. Henrys décide le contraire, & Furgole trouve ſon avis bien fondé, » parce que la charge » dont il s'agit eſt une réſervation faite au profit » des autres enfans, qui retranche de la donation » le montant de la moitié des Légitimes, & le » tranſporte aux autres enfans qui le prennent » comme une dette dont la donation eſt chargée, » & par conſéquent le donataire ne peut pas en » profiter, quel que ſoit l'évènement au ſujet de » l'autre moitié reſtante : c'eſt même l'eſprit de » l'arrêt rapporté par M. de Cambolas, qui fut » déterminé ſur la circonſtance particulière, priſe » de ce que les frères & la ſœur du donataire » avoient tranſigé avec lui ou avoient renoncé ; » ſans laquelle circonſtance l'auteur remarque » qu'on auroit jugé le contraire. On peut même » dire que l'article 36 de l'ordonnance de 1731 » décide la difficulté, conformément au ſentiment » d'Henrys, en ce qu'il veut que le donataire » ſoit tenu directement d'acquitter la portion des » Légitimes dont il a été chargé, & par conſéquent » il ne faut pas diſcuter les biens reſtans, quoique » le donateur n'en ait pas diſpoſé, tout comme il » n'eſt pas néceſſaire de diſcuter les donataires » poſtérieurs «.

L'article cité règle auſſi la quotité pour laquelle le donataire d'une partie des biens préſens & à venir doit contribuer aux Légitimes ; *c'eſt*, porte-t-il, *pour la part & portion dont il aura été chargé dans la donation ; & ſi ladite portion*

n'y a pas été expreſſément déterminée, elle demeurera fixée à telle & ſemblable portion que celle pour laquelle les biens préſens & à venir ſe trouveront compris dans la donation.

Si le donataire d'une partie des biens préſens & à venir, à qui a été impoſée la charge des Légitimes, renonce aux biens acquis après la donation, pour s'en tenir à ceux qui appartenoient au donateur lors de cet acte, la charge doit être conſidérée comme non écrite, & l'on doit rendre toute ſa force au droit commun, ſuivant lequel les donataires ne contribuent à la Légitime qu'au défaut des biens que le défunt a laiſſés en mourant, & dans l'ordre des dates de leurs donations reſpectives. C'eſt la diſpoſition textuelle de l'article 37 : » Si néanmoins le donataire par contrat » de mariage de la totalité ou de partie des biens » préſens & à venir, déclare qu'il opte de s'en » tenir aux biens qui appartenoient au donateur au » temps de la donation, & qu'il renonce aux » biens poſtérieurement acquis par ledit donateur... » les Légitimes des enfans ſe prendront ſur leſdits » biens poſtérieurement acquis, s'ils ſuffiſent, » ſinon... & en cas que la donation ne ſoit que » d'une partie des biens, & qu'il y ait pluſieurs » donataires, la diſpoſition de l'article 34 ſera » obſervée entre eux, ſelon ſa forme & teneur «.

SECONDE QUESTION. *Les biens qui étoient ſubſtitués dans la perſonne du défunt ſont-ils ſujets à la Légitime?*

La négative ne ſouffre aucune difficulté. C'eſt un principe établi par la loi 8, §. 9, D. *de inofficioſo*

inofficioso teſtamento, & confirmé par l'article 298 de la coutume de Paris, que la Légitime ne doit être priſe qu'après la déduction des dettes & des frais funéraires : or, un fidéicommis eſt pour celui qui en eſt chargé une dette véritable (*) ; il faut donc en faire la déduction ſur ſes biens, avant de diſtraire la Légitime à laquelle ils ſont ſoumis. C'eſt auſſi ce qui réſulte de la loi 36, C. *de inofficioso teſtamento*, en ce qu'elle ordonne de remplir la Légitime avec la propre ſubſtance du défunt, *repletionem fieri ex ipsâ ſubſtant á patris.*

» Cette maxime eſt indubitable, dit Dupertier, » & le parlement d'Aix l'a toujours ſuivie par ſes » arrêts, comme il paroît par celui que le ſieur » de Saint-Jean rapporte en ſa déciſion 83, mais » bien plus clairement par un arrêt que j'ai vu » avec les pièces & conteſtations des parties, & » qui fut rendu ſolemnellement au rapport de » M. Thoron, le 18 mars 1622, au profit de » François, Pierre & Charles de l'Eſtan, contre » leurs ſœurs. Celles-ci avoient obtenu arrêt con- » tradictoirement, portant adjudication d'un ſup- » plément de Légitime ſur les biens délaiſſés par » leur père, & même le payement leur en avoit » été fait : mais les ſubſtitués qui en avoient fait » le payement, s'étant pourvus par requête civile, » fondés ſur ce que le ſupplément avoit été liquidé » & pris ſur les biens ſubſtitués dont le père n'avoit » pu diſpoſer, la requête civile fut entérinée, » l'arrêt révoqué, & les filles ou leurs maris con-

(*) Licet te heredem ſcripſerit, in imponendâ tamen legatorum ratione, quibus te onerarum eſſe ſuggeris, fideicommiſſum debitum æris alieni loco deduci oportet, inſuperque in reſiduo legis falcidiæ beneficium vindicabis. *L.* 8, C. *ad legem falcidiam.*

» damnés à la reſtitution des ſommes qu'elles » avoient reçues. La queſtion ſembloit avoir d'au- » tant plus de difficulté, que les filles ayant » obtenu cet avantage de la loi, de pouvoir être » dotées ſur les biens ſubſtitués, & les arrêts ayant » réglé leur dot à la valeur d'une Légitime, ce » n'étoit pas ſans apparence de raiſon que le pre- » mier arrêt leur avoit adjugé le ſupplément de » leur Légitime; mais cette raiſon fut juſtement » rejetée, parce que la faveur de la dot & du » mariage étant la cauſe eſſentielle de ce privilége, » la cauſe ceſſant par le mariage des filles & la » dot qui leur avoit été conſtituée, le privilége » devoit ceſſer «.

L'aditionnaire de Duperrier ajoute : » Il y a un » arrêt qui, rendu dans le mois de juin 1680, au » rapport de M. Ricard, entre la demoiſelle » Bigard, & Me. Catrebas, avocat, jugea que » dans le cas d'une ſubſtitution faite dans un teſ- » tament par l'aïeul à ſon petit-fils, les frères & » ſœurs de ce petit-fils n'avoient point de Légitime » à prendre ſur les biens ſubſtitués «.

M. Maynard nous a conſervé un arrêt ſemblable rendu au parlement de Toulouſe le 26 janvier 1594. Jeanne de Deymes avoit été inſtituée héritière univerſelle par ſon père, à la charge de rendre l'hérédité, après ſa mort, au premier enfant mâle qui lui naîtroit. Elle mourut, laiſſant un garçon & pluſieurs filles. Les créanciers du garçon ayant fait mettre en criées les biens compris dans la ſubſtitution faite à ſon profit, les filles s'oppoſèrent pour leur ſupplément de Légitime; mais par l'arrêt cité elles furent déboutées de leur oppoſition, *conformément à autres préjugés de ladite cour, atteſtés par les plus anciens d'icelle.*

Duperrier remarque cependant deux cas où, suivant lui, cette jurisprudence ne doit pas avoir lieu. Le premier est lorsque le père instituant celui de ses enfans au profit duquel il étoit grevé de substitution par l'aïeul, le charge expressément d'une nouvelle substitution pour les mêmes biens. Le fils approuvant cette disposition, confond tellement les biens qu'il recueille comme substitué, avec ceux qu'il prend à titre d'héritier, que les uns & les autres ne forment plus qu'un seul patrimoine ; & comme il prend sa Légitime & sa quarte trébellianique sur la totalité, il est juste que ses frères & sœurs en distrayent au moins leur Légitime ; *autrement la Légitime ne seroit pas également partagée entre tous les enfans, comme nécessairement elle le doit être, comme l'a remarqué Barry, lib.* 15, *cap.* 5, *n.* 14.

Le second cas est celui où le père donnant par contrat de mariage une partie de ses biens à son fils, le charge de la donner lui-même à l'un de ses enfans à naître : alors il y a tout lieu de croire que l'intention des parties a été que le petit-fils tînt les biens de la main de son père, & non de celle de l'aïeul ; ainsi l'on doit regarder ces biens comme faisant partie de la succession du père, & par conséquent les assujettir à la Légitime des autres enfans. Cette décision est approuvée par Saint-Leger en ses questions civiles, chapitre 35, & par Boniface, tome 5, livre 2, titre 12, chapitre 2, n. 302. Ce dernier explique ainsi la différence du cas proposé d'avec celui où l'aïeul fait lui-même la donation à son petit-fils. Si le père, dit-il, donne ses biens à son fils en le mariant, à la charge qu'il les

donnera à l'un de ſes enfans, il y a deux donations, l'une de l'aïeul & l'autre du père; le petit-fils eſt donataire du père & non de l'aïeul; ſes frères & ſœurs doivent donc avoir une Légitime ſur les biens donnés. Mais ſi l'aïeul fait lui-même la donation ou la ſubſtitution dans le contrat de mariage de ſon fils, alors il ne s'agit plus d'une libéralité exercée par le père, mais d'un vrai fidéicommis qui doit être prélevé ſur les biens de celui-ci avant qu'il ne ſoit queſtion d'y prendre une Légitime.

Cette diſtinction eſt plus ſubtile que ſolide. Peut-on regarder comme une pure libéralité du père, une donation qu'il fait parce qu'il y eſt obligé par la diſpoſition de l'aïeul? Non ſans doute; il eſt de l'eſſence d'une donation de devoir l'exiſtence à une volonté libre, *dat aliquis eâ mente ut ſtatim velit accipientis fieri, & propter nullam aliam cauſam facit quàm ut liberalitatem & munificentiam exerceat, hæc propriè donatio appellatur*; ce ſont les termes de la loi 1, D. *de donationibus.* Ainſi le père eſt chargé d'un fidéicommis véritable, l'aïeul ne lui a laiſſé que la liberté du choix, & en donnant à un de ſes enfans, il ne fait qu'exercer un ſimple miniſtère, *nudum miniſterium.*

C'eſt donc mal à propos que Duperrier nous indique le cas d'une donation faite par un aïeul, à la charge par le fils donataire de la réitérer à l'un de ſes enfans, comme une ſeconde exception à la règle générale qui exempte les biens ſubſtitués de la contribution à la Légitime (*).

(*) Boniface, tome 5, livre 2, titre 12, chapitre 2, rap-

Mais il y a une autre exception que cet auteur passe sous silence, & qui cependant n'en est pas moins consacrée par un usage constant; c'est que quand un père ne laisse que des biens à l'égard desquels il étoit grevé de fidéicommis, ses enfans peuvent en distraire une Légitime que l'on appelle de grâce, parce qu'elle dépend des circonstances & de l'arbitrage des juges.

Cette Légitime a été introduite à l'exemple de la dot & de la donation à cause de noces, que la loi 22, D. *ad senatusconsultum Trebellianum*, & la novelle 39, ont permis de prendre sur les biens substitués, au défaut de biens libres. M. de Cambolas, livre 2, chapitre 24, en rapporte deux arrêts formels du parlement de Toulouse; le parlement de Paris a jugé la même chose par arrêt du 14 mai 1672; voici comme les rédacteurs du journal du palais nous en retracent l'espèce : » Messire Louis-Charles-Francois de la » Rochefoucault, chevalier, marquis de Mon- » tendre, jouissoit de deux terres, Agure & Mon- » tendre, substituées en faveur des aînés mâles » de sa maison; la première, par messire Char- » les de Fonsecques, son aïeul maternel, l'autre » par. . . . . son oncle maternel; en sorte que » ses sœurs n'ayant pas réussi dans l'instance » qu'elles avoient contre leur frère, pour avoir » part dans ces deux substitutions, comme se » prétendant appelées conjointement avec les » mâles, elles eurent recours à cette dernière

---

porte une sentence qui a refusé aux filles la Légitime qu'elles demandoient sur les biens donnés par l'aïeul à leur père, à la charge d'en disposer en faveur de tel de ses enfans mâles qu'il éliroit.

» demande de la Légitime de grâce sur ces deux » sortes de biens substitués, tant en ligne directe » qu'en collatérale, au défaut d'autres biens libres » de leurs père & mère, qui se trouvoient ab- » sorbés par les créanciers. Par arrêt du 14 mai » 1672, rendu en la troisième chambre des en- » quêtes, au rapport de M. Portail, la cour ad- » jugea à chacune des trois sœurs du sieur de » Montendre la somme de 18000 livres «.

Nous avons dit que la Légitime de grâce dépend de l'arbitrage du juge, & cela n'est pas moins vrai quant à la question de savoir si elle doit être adjugée, que par rapport à la quotité à laquelle on doit la fixer. En voici un exemple rapporté par Brillon d'après Albert : » M. l'évê- » que du Viviers, de la maison de la Suze, tous » les biens de son père étant absorbés par les » créanciers, demandoit une Légitime de grâce » sur les biens substitués par son aïeul; elle lui » fut refusée par arrêt du parlement de Toulouse » de 1634, à cause de son établissement, & que » les frais de ses bulles lui en tenoient lieu. Dans » le même procès, d'autres sœurs de cet évêque » demandant aussi une Légitime, elle fut refusée » à celles qui étoient mariées, & il ne fut ad- » jugée que 12000 livres à une qui ne l'étoit » pas, quoiqu'il y eût de grands biens dans la » substitution; tellement qu'avant que de l'ad- » juger, il est à propos de considérer si les petits- » fils sont suffisamment établis, auquel cas ils se » doivent contenter de leur établissement; & » quand on l'adjuge, elle doit s'estimer *arbitrio* » *boni viri* «.

TROISIÈME QUESTION. *Les biens confisqués sur le défunt sont-ils sujets à la Légitime?*

Cette question, considérée du côté des principes, se réduit à savoir si la confiscation est un titre lucratif pour le roi ou le seigneur à qui elle est adjugée, & si elle forme de la part de celui qui l'a encourue une disposition à titre gratuit. Quelques-uns ont soutenu l'affirmative sur l'un & l'autre point, mais ils se sont visiblement trompés : d'abord il est certain que la confiscation n'est pas un titre lucratif pour le fisc; c'est un fruit de la justice, & par conséquent un titre onéreux. En second lieu, il est de toute évidence qu'elle n'est point gratuite dans l'intention de celui sur lequel on la prononce, puisqu'en commettant le délit qui la lui fait encourir, il ne se propose certainement pas pour but de faire passer tous ses biens au fisc.

La confiscation, dit le Brun, » doit être con-» sidérée comme une dissipation d'un homme qui, » négligeant de poursuivre ses débiteurs, leur » auroit laissé acquérir prescription, ou qui au-» roit souffert que l'on eût usurpé ses domaines, » ou qui auroit laissé dépérir ses biens, faute de » les réparer, ce qui n'entre point en considéra-» tion dans la supputation de la Légitime de ses » enfans, dans laquelle on n'a égard qu'aux titres » qui sont, s'il faut ainsi dire, d'une libéralité » propensée, & qui sont de véritables donations «.

Il est donc évident qu'à la rigueur on ne doit point donner de Légitime aux enfans sur les biens dont leur père a été dépouillé par la confiscation. Cependant le droit Romain en décide autrement;

la loi 7, D. *de bonis damnatorum* (*), porte, que les enfans d'un condamné à mort doivent prendre dans ses biens les portions qui leur ont été accordées, *portiones concessas*, & la loi 10 du même titre, au code (**), nous apprend que ces portions avoient été fixées à la moitié par les empereurs Théodose & Valentinien. Justinien alla plus loin; enchérissant sur la clémence de ses prédécesseurs, il ordonna par sa novelle 8, que la confiscation n'auroit pas lieu sur les condamnés qui laisseroient des enfans, ou même des parens collatéraux jusqu'au troisième degré, à moins qu'il ne fût question de crime de lèse-majesté, par rapport auquel il voulut que les anciennes loix conservassent toute leur force: on sait que l'une de ces loix, qui est la cinquième, au code, *ad legem Juliam majestatis*, condamne les enfans des criminels de lèze-majesté à une

(*) Cùm ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod & in jure civili suorum heredum nomen eis indictum est, ac ne judicio quidem parentis, nisi meritis de causis, summoveri ab eâ successione possunt: æquissimum existimatum est eo quoque casu quo propter pœnam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum, ne alieno admisso graviorem pœnam luerent, quos nulla contigeret culpa, interdùm in summam egestatem devoluti. Quod cum aliquâ moderatione definiri placuit, ut qui ad universitatem venturi erant jure successionis, ex eâ portiones concessas haberent.

(**) Quandò quis quolibet crimine damnatus capitalem pœnam deportationemve sustineat, si quidem sine liberis moriturus sit, bona ejus ad fiscum perveniant. Si verò filii [illegible] vel nepotes ex defunctis filiis relicti erunt, dimidiâ [illegible] eis reservetur. Idem & si pos-

indigence perpétuelle, *sint perpetuò egentes & pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, sit & mors solatium, & vita supplicium.*

Dans nos usages, c'est-à-dire, dans celles de nos provinces où la confiscation est reçue, on est assez porté à la soumettre à la Légitime des enfans du condamné. » On demande (dit Carondas » sur l'article 183 de la coutume de Paris) si » des biens confisqués les enfans peuvent demander » leur Légitime. . . . . Ceux qui sont d'opinion » qu'ils doivent l'avoir, me semblent avoir juste- » ment conseillé. J'en ai vu un arrêt donné » pour les enfans d'un nommé Bruyant, du 8 mars » 1561 «.

Ricard soutient également, » que la Légitime » doit être distraite en faveur des enfans des » biens sujets à confiscation. . . . Le public est » intéressé de faire en sorte qu'en punissant un » crime, il n'ouvre pas le chemin aux enfans » pour suivre la voie de leur père, en les des- » tituant de tous moyens de subsister, & leur » refusant même ce que la loi destine pour leurs » alimens «.

L'annotateur de Ricard cite, d'après Boniface, un arrêt du parlement d'Aix du 22 juin 1662, qui a formellement adopté son opinion : la même chose a été jugée au parlement de Paris par arrêt du 4 mars 1617, rapporté dans les décisions de M. le Bret, partie 2, livre 3, décision 5.

Le parlement de Toulouse s'est fait là-dessus une jurisprudence particulière ; il donne à la femme & aux enfans du condamné le tiers de tous ses biens à partager entre eux : c'est ce qu'atteste M. Maynard, livre 8, chapitre 83, & c'est ce qu'a jugé *in terminis* un arrêt du 6 no-

vembre 1548, rapporté par M. de la Rocheflavin. M. Maynard nous en fournit un autre de l'année 1580, par lequel ce tiers fut déclaré exempt de la contribution aux frais du procès criminel, & aux amendes prononcées contre le défunt; il a même été décidé par un troisième arrêt du mois de juillet 1679, inséré dans le recueil de M. de Catelan, que les dommages-intérêts de la partie civile ne doivent pas être pris sur ce tiers, quoique le reste des biens soit épuisé ou absorbé.

Il y a plus d'équité que d'exactitude dans ces différentes décisions, car à ne parler que d'après les vrais principes, comme on doit le faire dans tous les endroits où il n'y a point d'usage particulier sur ce point, les enfans des condamnés n'ont aucun droit de Légitime à exercer sur les biens de leurs pères, que la loi défère au fisc. Serpillon qui avoit soutenu le contraire sur l'article 16 du titre 17 de l'ordonnance de 1670, s'est rétracté nettement en sa note 137. » On ne » peut disconvenir, dit-il en cet endroit, que » la confiscation comprend tous les biens des » condamnés, & par conséquent que, quelque fa- » vorable que soit la Légitime, elle ne peut être » prélevée, sur-tout dans les pays où, comme en » Bourgogne, la maxime, *qui confisque le corps* » *confisque les biens*, a lieu; au moyen de la » confiscation, il n'y a plus de succession, par » conséquent point de Légitime. Nous avons des » cahiers qui avoient été dressés pour la réfor- » mation de notre coutume, ils sont d'un grand » poids dans notre province; l'article 27 du titre » 1, porte, que celui qui est condamné à mort na- » turelle perd *entièrement* tous ses biens, tant meu- » bles qu'immeubles; l'article 28 porte, que les

» seigneurs hauts-justiciers, chacun pour son re-
» gard, prendront les immeubles & héritages du
» condamné assis en leur territoire & justice, en
» payant les dettes du criminel & les frais de
» justice. Il suit nécessairement de ces règles, que
» la confiscation comprend entièrement tous les
» biens, & qu'il n'y doit être prélevé que les dettes
» & les frais de justice; par conséquent il n'est pas
» possible de donner une Légitime à des enfans sur
» une succession qui n'existe pas «.

Quoi qu'il en soit, il est au moins hors de doute que les biens confisqués sur une mère ne doivent pas de Légitime à ses enfans; les loix Romaines que nous avons citées ne parlent que des pères, & il y en a une qui excepte expressément les mères des dispositions rapportées cidessus; c'est la loi 6, C. *de bonis proscriptorum*, conçue en ces termes: *De bonis matris deportatæ filiis nihil deberi juris absolutissimi est.* Ce texte a servi de motif à un arrêt du grand conseil de Malines du 15 novembre 1615, qui a jugé, en confirmant une sentence du conseil provincial de Luxembourg du 15 avril 1606, qu'il n'étoit point dû de Légitime aux enfans de Ludevoise Marguerite sur les biens de leur mère qui avoit été condamnée à mort par sentence de la prévôté de Macheren-le-Comte. On trouve cet arrêt dans le recueil de M. de Humayn, chapitre 12.

On convient également que les biens confisqués pour crime de lèze-majesté ne sont pas sujets à la Légitime; c'est la décision d'une loi Romaine citée plus haut, & elle doit être reçue parmi nous avec d'autant moins de difficulté, que nous portons la sévérité sur ce point beaucoup plus loin encore que les Romains: en effet,

l'ordonnance de 1539 veut que la confiscation prononcée pour ces sortes de crimes embrasse même les biens substitués dans la personne des coupables.

QUATRIÈME QUESTION. *Les biens dont le légitimaire est exclus* ab intestat *par la coutume, sont-ils sujets à la Légitime* ?

La Légitime est une portion de ce qu'auroit eu *ab intestat* celui à qui elle est due ; elle ne peut donc être prise que sur les biens auxquels le légitimaire succéderoit si le défunt étoit mort sans disposer : on ne peut rien de plus simple ; & ce que nous avons dit ci-dessus, section 3, met cette vérité dans le plus grand jour.

Cependant il a fallu beaucoup de temps & bien des procès pour la faire reconnoître dans certains tribunaux.

La coutume de Franche-Comté porte, que *succession* ab intestat *ne monte point en ligne directe, si ce n'est au regard des meubles & acquêts.* Il s'est élevé sur cette disposition deux difficultés remarquables.

La première étoit de savoir si les pères & mères n'avoient pas au moins le droit de prétendre une Légitime sur les propres de leurs enfans ; les principes & les autorités se réunissoient pour établir la négative. Néanmoins le parlement de cette province jugea constamment le contraire jusqu'en 1588 ; mais à cette époque un de ses arrêts ayant été attaqué par la voie de révision, le grand conseil de Malines, à qui l'affaire fut renvoyée, suivant l'usage de ce temps-là, jugea

qu'il étoit intervenu erreur, & sa décision fut érigée en loi par une déclaration des archiducs Albert & Isabelle, » qui fut, dit M. Grivel, publiée » à la cour au second rôle après la saint Martin de » l'an 1601 «.

La seconde difficulté étoit de savoir si au moins il ne falloit pas restreindre la coutume au cas où les enfans décédoient intestats, & si en conséquence il n'étoit point dû une Légitime aux père & mère sur leurs propres, lorsqu'ils en disposoient par testament. Tout concouroit encore pour faire admettre la négative; mais il parut au parlement de Franche-Comté qu'une coutume aussi rigoureuse devoit être restreinte dans ses termes précis; qu'elle n'excluoit les ascendans que de la succession *ab intestat*; que par conséquent on ne devoit pas l'étendre à la succession testamentaire, & que dans le cas de celle-ci on ne pouvoit pas refuser une Légitime aux ascendans. » Ainsi fut jugé, » dit encore M. Grivel, en l'an 1596, en la » cause de madame de Beauregard, suppliante, » contre madame de Sombernon, sa fille, dé» fenderesse «.

On sent qu'il falloit être bien attaché aux maximes du droit écrit pour juger de la sorte. S'il n'est point dû de Légitime sur les propres lorsque la succession en est déférée *ab intestat*, à plus forte raison n'en est-il point dû sur les mêmes biens lorsqu'il y a un testament; ce n'est même que dans ce dernier cas qu'il peut y avoir ouverture à l'action légitimaire, car cette action ne tend qu'à obtenir une partie de ce que l'on auroit eu si le défunt étoit mort sans disposer de ses biens; elle ne peut donc pas avoir lieu en faveur de celui qui n'avoit rien à prétendre *ab intestat*.

Auſſi le parlement de Franche-Comté a-t-il changé de juriſprudence ſur cette matière : c'eſt ce que nous apprend un arrêt dont l'eſpèce eſt ainſi rapportée par M. Grivel.

Un enfant avoit choiſi un étranger pour ſon héritier univerſel ; ſa mère qui étoit inſtituée dans une portion légitimaire, vouloit la prendre non ſeulement ſur les meubles & acquêts auxquels elle eût ſuccédé *ab inteſtat*, mais encore ſur les propres dont elle étoit excluſe par les règles des ſucceſſions lignagères.

L'affaire portée au parlement de Dole, on appuyoit le ſyſtême de la mère ſur trois raiſons. 1°. C'eſt la loi civile qui a introduit la Légitime ; c'eſt donc ſur le pied des ſucceſſions réglées par la loi civile qu'il faut déterminer la Légitime : comment en effet pourroit-on, dans cette opération, prendre pour guide des ſtatuts & des coutumes auxquels ne penſoient certainement pas les légiſlateurs qui nous ont donné l'idée de la Légitime, & qui en ont fixé la quotité ?

2°. Le défunt a témoigné en faiſant un teſtament, qu'il vouloit s'écarter des diſpoſitions de la coutume, autrement il ſeroit mort *inteſtat*. La coutume n'a donc plus d'empire ſur ſes biens, & par conſéquent elle ne peut entrer en conſidération pour régler la Légitime de ſa mère.

3°. Quelle abſurdité ne réſulteroit-il pas de l'opinion contraire ? Pluſieurs coutumes excluent les filles dotées de la ſucceſſion *ab inteſtat* de leurs pères & mères : la Légitime de ces filles ne ſera donc pas le tiers ou la moitié de ce qu'elles prendroient dans l'hérédité ſi elles n'étoient pas excluſes par la loi municipale, mais ſeulement le tiers ou la moitié de leur dot ? Peut-on con-

cevoir rien de plus injuſte & de plus déraiſonnable?

Quelque ingénieuſes que fuſſent ces raiſons, le parlement de Dole a débouté la mère de ſa demande en Légitime ſur les propres de ſon fils; & cela, dit M. Grivel, » par arrêt du 4 de janvier de l'an 1602, en la cauſe de Jeanne Pojour, appelante, contre les héritiers de feu » Jean Dormoy de Cromary «. La raiſon ſur laquelle ce magiſtrat fonde cette déciſion, eſt que la Légitime n'eſt autre choſe qu'une portion de ce qu'auroit pris celui à qui elle eſt due dans la ſucceſſion *ab inteſtat*; que les ſucceſſions *ab inteſtat* dépendent des coutumes des lieux, puiſque les coutumes forment le droit civil des endroits où elles ſont en vigueur; que la mère n'auroit rien eu à prétendre dans les propres ſi ſon fils étoit mort ſans faire aucune diſpoſition, que par conſéquent elle ne devoit pas y avoir de Légitime dans le cas d'un teſtament.

Ce qu'a jugé le parlement de Dole dans l'eſpèce que nous venons de retracer, le parlement de Dijon l'a décidé de même par arrêt du 16 février 1651, rapporté dans le commentaire de Taiſand ſur la coutume de Bourgogne. Le recueil de M. Pollet nous en fournit deux ſemblables du parlement de Flandre; écoutons ce magiſtrat:

» La Légitime eſt le tiers des biens que celui » à qui elle eſt due prendroit *ab inteſtat*, ou la » moitié lorſqu'il y a plus de quatre enfans. De » ce principe il s'enſuit que les biens dans leſquels celui à qui la Légitime eſt due n'auroit » point de part *ab inteſtat*, ne doivent point être » comptés pour régler la Légitime; & il a été

» ainſi jugé dans la coutume du bailliage de Lille ;
» par arrêt rendu entre demoiſelle Marie-Cathe-
» rine Faulconnier, femme autoriſée de Jean-
» Baptiſte de Sucre de Bellain ; & dame Marie-
» Jean Faulconnier, femme autoriſée de meſſire
» Henri de Broide, chevalier, ſieur de Gonde-
» court. Par la coutume du bailliage de Lille,
» titre 2, articles 25 & 26, les femmes ſont
» exclues par les mâles en pareil degré des pro-
» pres tenus en cotterie. La demoiſelle de Bellain
» s'étant abſtenue de la ſucceſſion de ſa mère,
» il étoit queſtion de régler ſa Légitime. Elle pré-
» tendoit qu'on devoit y faire entrer l'eſtimation
» des héritages patrimoniaux de la ſucceſſion
» deſquels elle étoit exclue par le ſieur de
» Perenchies ſon frère, & elle en a été dé-
» boutée «.

» Dans la coutume de Douai, lorſqu'il eſt
» intervenu raveſtiſſement de ſang entre les con-
» joints, tous les biens de la communauté, meu-
» bles, catteux & héritages ſitués dans l'échevi-
» nage, appartiennent au ſurvivant .... les en-
» fans ne ſont pas même reçus à demander leur
» Légitime dans ces biens du chef de leur père,
» ou de leur mère prédécédée, quoique le dé-
» funt n'auroit laiſſé aucun autre bien. Arrêt
» rendu au rapport de M. Cordouen le 23 juillet
» 1700 «.

La juriſprudence du grand conſeil de Malines eſt conforme à ces déciſions. On a déjà vu que cette cour a réformé en 1588 un arrêt du parlement de Dole, qui avoit jugé le contraire ; & M. Cuvelier nous apprend que depuis elle a pris là-deſſus un parti invariable ; voici les termes dont il ſe ſert, arrêt 198 : » Les aſcendans exclus
» par

» par ſtatut ou coutume de la ſucceſſion des » immeubles délaiſſés par leurs enfans, y peuvent-» ils prétendre ſupplément de Légitime ? Cette » queſtion reçoit notable difficulté en droit ; *vide* » le regiſtre aux avis de la cour, commençant en » octobre 1590, fol. 191, où il y a un beau diſ-» cours, & où on voit que l'avis de la cour eſt pour » la négative «.

CINQUIÈME QUESTION. *Les biens compris dans les préciputs introduits par la coutume ſont-ils ſujets à la Légitime ?*

Il faut diſtinguer ſi outre les biens ſoumis aux préciputs, il y en a encore d'autres dans la ſucceſſion, ou ſi ces biens forment tout le patrimoine du défunt.

Premier cas. Tous les auteurs conviennent que l'on ne peut pas prendre la Légitime ſur les préciputs d'aîneſſe ou de maîneté, lorſqu'il ſe trouv encore d'autres biens dans l'hérédité ; & c'eſt ce qui réſulte néceſſairement du principe établi ſur la queſtion précédente, que le légitimaire ne peut exercer ſon droit dans les choſes auxquelles il n'eſt pas appelé *ab inteſtat.*

Mais cette déciſion ne doit-elle pas être bornée aux biens que le défunt avoit acquis par ſucceſſion ou par donation, & n'en doit-on pas excepter ceux qu'il poſſédoit à titre d'achat ? Par exemple, un père achète une manoir féodal dans la coutume de Paris, & un manoir roturier dans celle du Cambréſis : le premier ſera ſujet dans ſa ſucceſſion au droit d'aîneſſe, & le ſecond au droit de maîneté : mais parce qu'ils proviennent d'une acquiſition onéreuſe, les enfans placés entre l'aîné

& le plus jeune ne pourront-ils pas prendre leur Légitime sur l'un & l'autre bien ? Hartmannus Pistor, Alexandre, Ripa, Julius Clarus, Thomingius & Berlichius tiennent l'affirmative, sur le fondement que toute donation est sujette à la Légitime, & que dans l'espèce proposée le père est censé donner à l'aîné le prix du manoir féodal, & au maîné le prix du manoir roturier.

Cette opinion est rejetée par Schraderus (*), Bort (**), Heygius (***), de Beust (****), & Voet (*****). Il est vrai, dit ce dernier, que le défunt a diminué son hérédité mobilière en achetant un fief ; mais cette diminution ne peut faire opérer la Légitime ni sur le fief même, ni sur les deniers qui en ont formé le prix ; point sur le fief, parce que le légitimaire que l'on suppose cadet, ne pourroit y rien prétendre *ab intestat* ; point sur le prix, parce que non seulement il n'existe plus dans le patrimoine du défunt, mais il en est sorti à titre onéreux, & il n'y est pas représenté par le bien, la subrogation de la chose au prix n'ayant jamais lieu de plein droit. En vain objecte-t-on que le père a avantagé par cet achat celui de ses enfans à qui le préciput doit appartenir après sa mort ; il faut répondre, suivant Voet, qu'il ne peut point y avoir de donation dans cette espèce, parce qu'au moment de

(*) *De feudis*, part. 7, cap. 5, n. 46.
(**) *De feudis Hollandicis*, part. 5, tit. 3, cap. 2, reg. 4.
(***) Part. 1, quæst. 25.
(****) *Ad l.* 31, D. *de jure jurando*, n. 874.
(*****) *Ad digesta*, lib. 5, tit. 2, n. 57.

l'acquiſition il eſt encore incertain qui ſera l'aîné lors du décès de l'acheteur, & conſéquemment à qui le bien appartiendra hors part. Il ſeroit peut-être plus exact de dire que le père n'achète pas pour avantager même celui de ſes enfans qui ſe trouvera l'aîné à ſa mort, mais uniquement pour ſe procurer un héritage qui eſt à ſa bienſéance; que ſon intérêt eſt le ſeul mobile qui le fait agir en cela; & que s'il en réſulte un avantage pour l'aîné, c'eſt un haſard dont celui-ci doit profiter, & non une donation qu'il ſoit tenu de rapporter aux légitimaires, parce que la Légitime ne peut affecter que les titres qui ſont, ſuivant l'expreſſion de le Brun, d'une libéralité propenſée.

Il en ſeroit néanmoins tout autrement dans les coutumes de la Flandre Flamande, qui ne donnent les fiefs acquêts aux aînés, qu'à la charge de rapporter à l'hérédité mobilière les deniers du prix que ces biens ont couté au défunt. Ces deniers ſont ſujets à la Légitime dans les coutumes citées, parce que les puînés en auroient une portion virile s'ils ſuccédoient, & qu'en général tout ce qui ſe rapporte à la ſucceſſion, doit être rapporté à la Légitime.

Lorſque le père, dans les coutumes qui le permettent, a diſpoſé au profit d'un étranger ou de l'un de ſes enfans, du bien que l'aîné auroit pris hors part *ab inteſtat*, ce bien ne ſort-il pas de la claſſe ordinaire des préciputs, & ne devient-il pas ſujet à la Légitime? Voet ſoutient l'affirmative; mais ſon avis nous paroît contraire aux principes reçus en cette matière. Qu'importe que par la diſpoſition du père le bien perde à l'égard de l'aîné ſa qualité de préciput? En eſt-il moins vrai qu'il auroit appartenu hors part à

l'aîné, en cas d'ouverture de la succeſſion *ab inteſtat*? En eſt-il moins vrai que les puînés n'auroient eu rien à y prétendre dans la même hypothèſe? En eſt-il moins vrai que la Légitime n'eſt qu'une portion de ce qu'auroit eu le légitimaire, ſi le défunt n'avoit diſpoſé ni entre vifs ni par acte de dernière volonté? Et, pour tout dire en peu de mots, ſi, comme on l'a démontré ci-devant, les propres auxquels un aſcendant ne ſuccède pas, ne deviennent point ſujets à ſa Légitime par la donation ou le legs que le fils en fait à un étranger, pourquoi la diſpoſition que feroit un père d'un bien que ſon aîné auroit recueilli par préciput dans la ſucceſſion *inteſtate*, aſſujettiroit-elle ce bien à un retranchement dont il eſt affranchi par ſa nature?

C'eſt une grande queſtion ſi, dans les coutumes où les qualités d'héritier & de légataire ſont incompatibles, un aîné inſtitué légataire univerſel par ſon père contribue ſur ſon préciput, à la Légitime de ſes frères & ſœurs, ou s'il n'eſt obligé de la leur fournir que ſur les biens dans leſquels ils auroient partagé également avec lui, en cas d'ouverture de la ſucceſſion *ab inteſtat*.

Ce dernier parti a été embraſſé par M. Puſſort dans un jugement arbitral rendu ſur la fin du dernier ſiècle, entre M. de Seignelay, ſecrétaire d'état, & ſes frères. M. de Seignelay étoit légataire univerſel de M. Colbert ſon père; » & il » a été jugé, ſuivant le témoignage de le Brun, » qu'il devoit faire part avec préciput dans la » Légitime qu'il étoit obligé de fournir à ſes » frères, & que l'on feroit une déduction & » diſtraction de ſon droit d'aîneſſe, après quoi » la Légitime ſeroit payée ſur le ſurplus des » biens «.

Les motifs de cette décision nous paroissent très-judicieux. » Le premier est, dit le Brun, que » quand les puînés poursuivent leur Légitime » contre leur aîné, il ne leur appartient à Paris » que la moitié de ce qu'ils auroient eu *ab intestat*, » suivant l'article 298 de la coutume : or, ils » n'auroient eu que le tiers dans les fiefs, selon » le nombre des enfans, les deux autres tiers » & le principal manoir demeurant à l'aîné : » ainsi ils ne doivent avoir que la moitié de ce tiers » dans les fiefs.

» Le second est. . . . que le préciput n'est » point donné au préjudice de la Légitime. Il n'y » a que les donations qui sont faites au préjudice » de la Légitime qui souffrent le retranchement » & qui entrent dans la masse des biens. . . . » Or, on ne peut pas dire que jusqu'à concur- » rence du droit d'aîneſſe le legs universel fait » à l'aîné, soit fait en fraude de la Légitime des » puînés ; ainsi il n'y a que le surplus du legs » qui doive entrer dans la masse des biens, &, à » plus forte raison, qui puisse souffrir le retranche- » ment de la Légitime «.

Bourjon & l'annotateur de le Brun combattent vivement cet avis ; mais leurs raisons, quoique très-spécieuses, ne sont pas assez solides pour balancer celles que nous venons d'exposer.

» Premièrement, disent-ils, lorsque la loi » donne un préciput & des portions avantageuses, » c'est à l'aîné héritier, & non à l'héritier renon- » çant : pourquoi donc donneroit-on à l'aîné les » avantages que la loi lui donne comme héri- » tier, lorsqu'il renonce à la succession pour ac- » cepter le legs « ?

Réponse. L'aîné légataire universel ne prend

pas les biens dont il s'agit à titre de droit d'aînesse, mais à titre de legs; & cela n'empêche pas qu'ils ne soient exempts de la contribution à la Légitime des puînés, parce que, pour régler les droits des légitimaires, il faut considérer la succession comme ouverte *ab intestat*, & par conséquent supposer que l'aîné est héritier & qu'il prend à ce titre le préciput que la coutume lui donne.

» Secondement, la loi, par l'établissement de » ces droits en faveur de l'aîné, n'a voulu que » remédier à l'imprévoyance de l'homme qui, en » négligeant le soutien de son nom, ne donneroit » pas à celui qui en est chargé le moyen de le » faire; mais lorsqu'il l'a fait, & qu'il l'a fait dans » toute l'étendue que la loi lui permettoit de le » faire, l'intention de la loi est remplie, & » par conséquent sa disposition ne doit plus avoir » lieu «.

Réponse. Tout ce qui résulte de là, c'est que l'aîné légataire universel ne peut prendre qu'à titre de legs les biens compris dans son préciput : mais, on l'a déjà dit, les legs ne sont sujets au retranchement qu'autant qu'ils nuisent à la Légitime; &, pour nous servir encore des termes de le Brun, l'*on ne peut pas dire que jusqu'à concurrence du droit d'aînesse le legs fait à l'aîné soit en fraude de la Légitime des puînés.*

» Troisièmement, les qualités de légataire & » d'héritier sont incompatibles, & la loi a établi » cette incompatibilité, abstraction faite des biens. » Pourquoi, par rapport aux fiefs, l'aîné réunira-» t-il les effets de ces qualités «?

Réponse. L'aîné ne réunit point dans notre es-

pèce les effets de la qualité d'héritier & ceux de la qualité de légataire : il ne faut pas supposer cette réunion pour soustraire son préciput au retranchement de la Légitime ; il suffit pour cela, comme on vient de le voir, que son préciput soit confondu dans le legs, & que le legs ne soit pas inofficieux à cette concurrence.

» Quatrièmement, il est vrai que la Légitime » est la moitié de la portion héréditaire que le » légitimaire eût eue, cessant la disposition de » l'homme : or, il est sensible que par-là la loi » entend la moitié d'une portion virile, & dans » tous les biens, puisqu'elle n'excepte rien ; c'est » donc agir contre la loi que d'affranchir une » portion de ces biens de la Légitime des puînés. » Pourquoi la fixation de la Légitime ne peut-» elle avoir un autre sens qu'une moitié intégrale ? » C'est que, par une disposition générale, *le mort* » *saisit le vif*, c'est-à-dire, que chacun est saisi » de la portion virile ; & si ensuite la loi, en » particularisant sa disposition générale, donne à » l'aîné une portion avantageuse dans les fiefs, » ce n'est qu'une modification de la loi générale ; » mais modification que la loi n'a établie qu'en » faveur de l'aîné héritier, & non pour augmen-» ter l'effet d'un legs inofficieux, que la loi » même retranche pour donner la Légitime aux » puînés ; modification & exception qui ne peu-» vent avoir lieu que dans le cas que la loi » adopte «.

Réponse. Si la loi dont parle Bourjon, c'est-à-dire la coutume de Paris, avoit voulu fixer la Légitime à la moitié d'une portion virile, elle l'auroit exprimé : or, non seulement elle ne l'exprime pas, mais elle déclare formellement que

la Légitime eſt la moitié de telle part & portion que chacun enfant eût eue en la ſucceſſion, ſi les père & mère ou autres aſcendans n'euſſent diſpoſé. Ce n'eſt donc que ſur la portion *ab inteſtat* qu'il faut déterminer le montant de la Légitime ; & les diſpoſitions qui entament cette portion ſont les ſeules qui doivent ſouffrir le retranchement. Qu'importe que ce ſoit par forme de modification ou d'exception que la coutume donne un préciput & une portion avantageuſe à l'aîné ? Au moins faut-il convenir que cette modification ne ceſſe que par les diſpoſitions du père : or, pour régler la Légitime, il faut conſidérer ces diſpoſitions comme ſi elles n'exiſtoient pas, la coutume elle-même nous en fait une loi : on doit donc ſuppoſer pareillement à la modification tout l'effet qu'elle produit ordinairement, &, par une conſéquence néceſſaire, regarder l'aîné comme prenant ſon droit d'aîneſſe à titre d'héritier.

» Cinquièmement, quoique l'aîné, lorſqu'il eſt » héritier, ne contribue pas plus aux dettes que » les puînés, il y contribue cependant lorſqu'il eſt » légataire univerſel, à proportion de tout ſon » émolument, c'eſt-à-dire, à proportion du mon- » tant de ſon droit d'aîneſſe, comme des autres » biens dont il profite en vertu de ſon legs. Il » n'eſt donc pas poſſible que les diſpoſitions de » la loi & les diſpoſitions de l'homme puiſſent agir » tout enſemble pour l'aîné «.

Réponſe. Encore une fois, nous ne prétendons pas que l'aîné puiſſe prendre & la moitié des portions des puînés à titre de legs, & ſon droit d'aîneſſe en vertu de la loi : mais nous ſoutenons que pour déterminer la Légitime de ſes frères, il faut ſuppoſer qu'il n'eſt point léga-

taire, qu'il se porte héritier, & qu'il recueille à ce titre son préciput & sa portion avantageuse : cette supposition n'a rien d'absurde, & la coutume elle-même l'autorise par ces termes de l'article cité : *Si les père & mère ou autres ascendans n'eussent disposé.*

» Sixièmement, puisque l'aîné légataire uni-» versel paye les dettes à proportion de son émo-» lument & sans déduction de son droit d'aî-» nesse, pourquoi ne contribueroit-il pas aussi » à la Légitime à raison de ce même préciput « ?

Réponse. La raison de différence (c'est le Brun qui parle) est que pour obliger l'aîné qui est légataire universel au payement des dettes, il ne faut point le considérer comme héritier, & il suffit qu'il y ait un titre universel de légataire ; mais que pour lui faire fournir la Légitime à ses puînés, il faut nécessairement le considérer comme héritier, parce qu'il faut qu'il fasse part dans la supputation de la Légitime ; ainsi en ce dernier cas il a son préciput.

Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent sur le préciput d'aînesse, s'applique également au préciput de maîneté connu principalement dans les coutumes de Cambresis, du chef-lieu de Valenciennes & de la châtellenie de Lille.

Second cas. Quand l'hérédité n'est composée que du bien dévolu à l'aîné pour son droit d'aînesse, ou au cadet pour son droit de maîneté, ce bien, si l'on s'attachoit strictement à la rigueur des règles, ne devroit aucunement entrer dans la contribution à la Légitime ; en sorte qu'alors les légitimaires seroient réduits à un vain titre, & n'auroient rien à recueillir de la succession de leurs père & mère : cette jurisprudence seroit

rigoureuse & peut-être barbare, mais elle seroit conforme aux règles de la matière; les magistrats seroient forcés de la suivre, & ne pourroient qu'employer leurs sollicitations auprès du législateur, pour en obtenir la réformation. C'est sous ce point de vue que la cour souveraine de Mons envisagea autrefois cet objet. Le marquis de Tresbon n'avoit laissé que des fiefs, & ils étoient situés en Hainaut, dont la coutume connue sous le nom de chartes générales, défere entierement ces sortes de biens aux mâles, sans que les filles y puissent rien prétendre : la fille aînée de ce seigneur, voyant son frère en possession de tout le patrimoine de l'auteur commun de leurs jours, se crut fondée à lui demander des alimens : elle s'adressa pour cet effet au conseil privé de Bruxelles, qui, avant faire droit sur sa requête, demanda l'avis de la cour de Mons; les membres de ce tribunal résolurent qu'elle devoit être déboutée, par un argument à sens contraire de l'article 9 du chapitre 31 des chartes générales; voici les termes de ce texte : » Si les enfans nés auparavant ou après avis de père & » mère ne sont partagés avant les trépas desdits » père & mère, ils pourront prétendre partage, » SI AVANT QUE PAR LA LOI LEUR PEUT APPARTENIR, comme s'il n'y eût eu avis «. Néanmoins le conseil privé de Bruxelles rejeta cette résolution, & accorda à la demoiselle de Tresbon les alimens qu'elle demandoit : l'arrêt fut rendu en 1664. Dix ans après, le 11 janvier 1674, une autre fille du défunt obtint de la cour souveraine de Mons elle-même un arrêt conforme à celui de sa sœur.

Le parlement de Rouen a jugé la même

choſe & à peu près dans le même temps. L'article 279 de la coutume de Normandie porte, que *les père, mère, aïeul, aïeule ou autres aſcendans, peuvent diſpoſer du tiers de leurs héritages & biens immeubles aſſis au bailliage de Caux, à leurs enfans puînés . . . . demeurant néanmoins le manoir & pourpris en ſon intégrité au profit de l'aîné, ſans qu'il en puiſſe être diſpoſé à ſon préjudice, ni qu'il ſoit tenu en faire récompenſe auxdits puînés.* Voici comme s'explique Baſnage ſur cet article : » Si ce manoir & pourpris fait » tout le bien de la ſucceſſion, l'aîné pourra-t-il » le retenir ſans en faire aucune part ou récom- » penſe à ſes puînés? L'équité ne le ſouffriroit » pas, la Légitime des autres enfans étant plus » favorable que ce droit d'aîneſſe. Dans la ſuc- » ceſſion d'un nommé la Moliere, il ne ſe trouva » qu'une maſure ou enclos; l'aîné, qui avoit un » frère & une ſœur, prétendoit la retenir pour » ſon préciput, ſans en faire récompenſe. Le » frère & la ſœur répondoient, que la Légitime » étoit un droit plus ancien que celui des aînés; » que quand la coutume avoit déchargé l'aîné de » faire une récompenſe, elle avoit préſuppoſé qu'il » reſtoit d'autres biens; car s'il n'y a d'autres biens, » il ne pouvoit y avoir d'avant-part ni de préci- » put. . . . Par arrêt en la grand'chambre, du 14 » février 1667, la cour régla le préciput comme » un fief, & jugea qu'il appartiendroit à l'aîné, » à la charge de la proviſion à vie du puîné, qui » ſeroit tenu de contribuer à proportion au ma- » riage avenant de la ſœur, laquelle en cette ren- » contre, comme au cas d'un fief, eſt d'une con- » dition plus avantageuſe que les frères «.

L'eſprit d'équité qui a dicté ces trois arrêts a

également préſidé à la rédaction de quelques-unes de nos loix municipales. L'ancienne coutume de Bretagne ordonne, article 547, que l'aîné aura par préciput *le manoir principal ès fiefs nobles qui ſe ſont gouvernés noblement le temps paſſé . . . . pourvu qu'il y ait de celui héritage ſi grande quantité, qu'il valût tant que compétente portion ou pourveance en pût être faite entre frères & ſœurs.*

Suivant l'article 13 de la coutume de Montfort, » quand à un fief n'y a aucun manoir principal, » ains ſeulement terres labourables, le fils » aîné peut avoir un arpent de terre, en tel lieu » qu'il voudra élire, par préciput, au lieu dudit » manoir, *pourvu qu'il y ait autres héritages que* » *ledit arpent* «.

L'article 48 de celle de Rheims contient virtuellement la même diſpoſition. » Si en ladite ſuc- » ceſſion directe n'y a qu'un hôtel tenu en fief, » ET Y AIT AUTRES HÉRITAGES tenus en roture, » le fils aîné pour ſon droit d'aîneſſe prend en- » tièrement & par préciput tel hôtel ou manoir «.

La coutume de Melun s'explique encore plus préciſément là-deſſus. » Si en la ſucceſ- » ſion (dit-elle article 88) n'y avoit héritages » en fief ou roture, qu'un manoir ou accroît tenu » en fief, la moitié dudit manoir appartiendra à » l'aîné, & l'autre moitié aux puînés, s'ils ſont » plus de deux : & s'ils ne ſont que deux enfans, » l'aîné en prendra les deux tiers, & le puîné » l'autre tiers «.

C'eſt auſſi ce que porte l'article 96 de la coutume d'Orléans. » Si ès ſucceſſions de père & mère, » aïeul ou aïeule, y a un fief, ſoit en la ville » ou aux champs, conſiſtant ſeulement en un » manoir, ou bien en un manoir avec baſſe-cour

» & enclos d'un arpent, ſans autres appartenances » ne autres biens immeubles, audit fils aîné appar- » tiendra la moitié dudit manoir, baſſe-cour & » enclos, & l'autre moitié appartiendra aux autres » enfans: & s'il n'y a que deux enfans, le fils » aîné y prendra les deux tiers, & l'autre enfant » l'autre tiers «.

La diſpoſition la plus remarquable qu'il y ait ſur cette matière dans nos loix municipales, eſt celle de l'article 17 de la coutume de Paris; en voici les termes: » Si èſdites ſucceſſions de père » & mère, aïeul ou aïeule, y a un ſeul fief con- » ſiſtant ſeulement en un manoir, baſſe-cour & » enclos d'un arpent ſans autre appendance ni » autres biens, audit fils aîné ſeul appartient ledit » manoir, baſſe-cour & enclos comme deſſus; » ſauf toutefois aux autres enfans leur droit de » Légitime . . . . à prendre ſur ledit fief: & où » il y auroit autres biens qui ne fuſſent ſuffiſans » pour fournir leſdits droits aux enfans, le ſup- » plément de ladite Légitime ſe prendra ſur ledit » fief «.

On forme communément trois queſtions ſur ce texte; la première, eſt de ſavoir ſur quel pied doit être réglée la Légitime des puînés, lorſque la ſucceſſion n'eſt abſolument compoſée que d'un manoir féodal; la ſeconde, comment doivent s'entendre ces termes de la coutumes, *& où il y auroit autres biens qui ne fuſſent ſuffiſans, &c.*; la troiſième, ſi le manoir féodal qui forme toute l'hérédité *ab inteſtat*, doit fournir la Légitime des puînés, avant les biens dont le défunt a diſpoſé à titre gratuit.

Il y a ſur la première queſtion trois avis différens. Le premier eſt celui de Dumoulin, d'Ar-

gou & de Bourjon, qui penſent que dans le cas dont il s'agit les puînés doivent avoir pour leur Légitime la moitié de ce qu'ils auroient eu ſi le manoir n'avoit pas été tenu en fief.

Le ſecond, adopté par le Brun, eſt, » qu'il faut faire un partage féodal du fief, dans lequel l'aîné ait ſa plus grande portion ſans autre préciput, parce que l'on ne doit détruire que par degrés un établiſſement qui eſt fait pour le maintien des familles, & que lorſque l'on ne donne pas un principal manoir à l'aîné, comme ſon préciput, il faut au moins lui en faire un partage féodal, puiſque c'eſt un véritable fief «. Cette opinion eſt, comme on le voit, calquée ſur les articles des coutumes de Melun & d'Orléans, rapportés ci-deſſus.

Le troiſième avis eſt celui de Ricard : on a vu à l'article AÎNÉ la manière dont cet auteur s'explique là-deſſus dans ſon traité des donations. Ce qu'il dit ſur le même ſujet en commentant l'article 17 de la coutume de Paris, eſt peut-être encore plus ſatisfaiſant ; voici ſes propres termes : » La ſeconde opinion (qui eſt » celle de le Brun) me ſemble plus raiſonnable » que la première, parce qu'elle réduit davan- » tage les choſes au droit commun. Et en effet » cet article 17 faiſant perdre au manoir ſa vé- » ritable qualité, pour faire que l'aîné ne la » prenne pas entièrement pour ſon préciput, il » faudroit encore une autre diſpoſition pour lui » ôter celle de fief & empêcher qu'il n'y prenne » ſes autres prérogatives d'aîneſſe ; le droit com- » mun demeurant toujours en ſa vigueur, ſinon » en tant qu'il y eſt particulièrement dérogé.

» Mais je n'eſtime pourtant pas que notre queſ-
» tion doive être entièrement decidée par la diſ-
» poſition de la coutume de Melun qui laiſſe aux
» puînés leur portion héréditaire, au lieu que la
» coutume de Paris ne leur donne qu'un ſimple
» droit de Légitime; de ſorte qu'en ſuivant le
» même principe, je ne crois pas que les puînés
» puiſſent prétendre autre choſe que la moitié de
» ce qui leur auroit appartenu *ab inteſtat* dans
» la maiſon, en la dépouillant de la qualité de
» manoir, & en lui laiſſant celle de fief; ma
» penſée étant, en un mot, que les puînés ne doi-
» vent avoir, aux termes de notre article, que
» la Légitime telle qu'ils l'obtiendroient dans un
» fief ſans manoir, ſi le père en avoit diſpoſé au
» profit de l'aîné, qui ne ſeroit par l'article 298
» que la moitié de leur portion héréditaire «.

Cette opinion eſt ſuivie par le Maître, Pothier, & elle eſt ſans contredit la plus juridique des trois: cependant l'équité de la premiere & les embarras qu'elle évite pourroient peut-être la faire préférer; au moins eſt-il certain qu'elle ſeroit admiſe dans les coutumes qui, ſans diſtinguer le préciput de la portion avantageuſe, donnent tous les fiefs aux enfans mâles, à l'excluſion des filles.

Mais comment faut-il entendre ces termes de l'article 17 de la coutume de Paris, *& où il y auroit autres biens qui ne fuſſent ſuffiſans pour fournir leſdits droits aux enfans, le ſupplément de ladite Légitime ſe prendra ſur ledit fief*? C'eſt la ſeconde des queſtions propoſées.

Ricard eſt d'avis qu'il faut entendre ce texte, comme ſi après les mots, *pour fournir leſdits droits aux enfans*, ſe trouvoient ceux-ci, *eu égard à la portion qui leur revient dans le manoir même*,

ſuivant l'opinion établie ci-devant. Pothier penſe de même. » La coutume de Paris, dit-il, ne » décide pas en quoi conſiſte la Légitime dans » cette eſpèce : mais ayant établi dans l'article » 298, que la Légitime d'un enfant eſt la moitié » de la portion qu'il auroit, ſans les donations entre » vifs & teſtamentaires qui y ſont obſtacle, il eſt » facile de conclure que la Légitime dont elle » entend parler dans l'article 17, eſt la moitié de » ce que chaque puîné auroit, tant dans le ma- » noir conſidéré ſeulement comme bien noble, » que dans les autres biens de la ſucceſſion, ſans » la diſpoſition de cet article, qui, en donnant le » manoir entier, fait obſtacle à leur Légitime. » Par exemple, il y a dans la ſucceſſion un ma- » noir de 15000 livres, 1500 livres d'autres biens » féodaux, 1000 livres de biens ordinaires, & deux » enfans. La Légitime du puîné eſt pour la moitié » de ſa part dans les biens ordinaires, 250 livres; » pour la moitié de ſon tiers dans les biens féo- » daux, 250 livres; pour la moitié de ſon tiers » dans le manoir, 2500 livres, ce qui fait en » tout 3000 livres. L'aîné qui retiendra le ma- » noir ſera donc obligé, pour fournir la Légitime » de ſon puîné, de lui abandonner le ſurplus des » biens qui monte à 2500 livres, & de lui fournir » encore ſur ſon manoir 500 livres pour compléter » la ſomme de 3000 livres à laquelle monte la » Légitime «?

Cette interprétation paroît ſimple, naturelle & conforme à la lettre de la coutume; mais elle eſt trop générale, en ce qu'elle tend à faire entrer indiſtinctement le préciput d'aîneſſe dans la ſupputation de la Légitime, ce qui eſt directement contraire à l'article 298, ſuivant lequel la portion

portion légitimaire n'eſt qu'une quotité de la portion *ab inteſtat*. Si l'article 17 déroge à ce principe en ſoumettant le manoir féodal à la Légitime, c'eſt par une exception qu'autoriſe le défaut d'autres biens, & que néceſſite la faveur des alimens dus aux puînés; & comme les exceptions ne doivent jamais être étendues à d'autres cas que ceux pour leſquels elles ont été introduites, il faut dire avec le Brun, » que cette dernière partie » de l'article 17 ſe doit entendre d'autres biens » qui ſoient de ſi peu de valeur, qu'il ſoit » toujours vrai de dire qu'il n'y a qu'un fief » dans la ſucceſſion, comme de quelques petits » meubles «.

Cette interprétation s'adapte, pour ainſi dire, d'elle-même a l'article 141 de la coutume de Valenciennes, portant, au ſujet du droit de maîneté, que *ſi les autres biens de père & mère reſpectivement n'étoient ſuffiſans pour la Légitime des autres enfans, icelle ſe prendra ſur ladite maîneté.*

La troiſième queſtion, qui eſt de ſavoir ſi le préciput de l'aîné doit fournir la Légitime avant les biens dont le défunt a diſpoſé à titre gratuit, ne renferme pas tant de difficultés que les deux précédentes. Ricard & le Brun la réſolvent par une diſtinction fort ſimple; ou le défunt a diſpoſé en faveur d'étrangers, ou il l'a fait au profit de quelques-uns de ſes enfans.

Dans le premier cas, l'aîné ne peut ſouſtraire ſon préciput au retranchement de la Légitime, parce qu'il eſt de règle de faire contribuer les biens trouvés dans la ſucceſſion *ab inteſtat*, avant que l'on ne puiſſe inquiéter les donataires. Il eſt vrai, obſerve Ricard, que ce retranchement ne s'opère pas directement, parce que les puînés ne peuvent

pas se pourvoir de plein droit, sur l'avantage dont la coutume gratifie leur frère ; mais il se fait par un circuit réel ou feint, & cela revient au même. A la rigueur, les puînés devroient commencer par agir contre les donataires ; ceux-ci auroient leur recours contre l'aîné, comme seul héritier du donateur, & l'aîné seroit obligé de leur rendre ce qu'ils auroient fourni aux légitimaires. Pour éviter ces circuits, on admet une fiction *brevis manus* ; & en conséquence, on autorise les poursuites directes des puînés sur le préciput de leur frère.

Au second cas, c'est-à dire, lorsque les donataires sont du nombre des enfans, leurs donations doivent être retranchées avant le préciput de l'aîné ; autrement elles préjudicieroient au droit d'aînesse, en l'assujettissant à l'action des légitimaires, & il résulteroit de-là une espèce de translation du droit d'aînesse, toujours défendue entre enfans.

Cette raison est sans replique pour le droit commun ; mais elle ne peut s'appliquer au petit nombre de coutumes qui permettent au père de disposer en faveur d'un cadet, du préciput que la loi donne à l'aîné de ses enfans dans sa succession *intestat* : ainsi, dans ces coutumes, il faut tenir indistinctement, que les donations faites aux enfans ou aux étrangers ne sont soumises au retranchement de la Légitime qu'après le préciput de l'aîné.

Il nous reste à examiner si dans les coutumes muettes on doit donner une Légitime aux puînés sur le droit d'aînesse. Nous avons déjà dit que la négative seroit l'opinion la plus régulière ; & nous trouvons dans le recueil de Papon un arrêt qui l'a adoptée formellement pour l'ancienne coutume de Montfort. Un gentilhomme n'avoit laissé pour toute succession qu'un manoir féodal : » l'aîné s'en

» saisit : les frères lui font querelle, & disent que » la coutume ne s'entend point quand il n'y a » que l'hôtel, mais seulement quand il y a du bien » outre ledit préciput pour être laissé aux autres, » qu'autrement, contre la loi divine & humaine, » ils demeureroient exhérédés ; & requièrent que » l'aîné se contente de la moitié & leur laisse » l'autre. L'aîné se tient aux termes de la coutume, » sans s'en vouloir départir, & dit que s'il y a » de l'exorbitant, ce n'est par son moyen de for- » tune. Ce doute tint le bureau environ quinze » jours, pour la grande dispute des opinions » au parlement de Paris. A la fin fut donné » arrêt pour l'aîné le 25 de mai 1555, au rapport » de M. Tiraqueau «.

La rigueur de cette décision frappa tellement les réformateurs de la coutume de Montfort, qu'ils se crurent obligés d'y apporter une dérogation particulière ; c'est ce qu'ils firent, en ordonnant par l'article rapporté ci-dessus, que l'aîné auroit pour son préciput un manoir féodal ou un arpent de terre, *pourvu qu'il y eût autres héritages*.

Cette disposition a été insérée depuis dans plusieurs autres coutumes, comme nous l'avons fait voir, & elle passe actuellement pour une maxime universellement reçue. Loisel en a même fait une règle de droit coutumier ; voici comme il s'exprime, livre 4, titre 3, article 65 : » Quand le » fief consisteroit en un hôtel, il (l'aîné) le pren- » droit entier lui seul, la Légitime des autres » sauve «.

SIXIÈME QUESTION. *Le douaire des enfans du premier lit eſt-il ſujet à la Légitime des enfans du ſecond lit?*

Pour traiter cette queſtion dans tous ſes points, il faut l'examiner, 1°. par rapport au douaire accordé aux enfans par la coutume, ou par un contrat de mariage calqué ſur la coutume : 2°. par rapport au douaire ſtipulé en faveur des enfans dans les coutumes qui ne le leur donnent pas de plein droit : 3°. par rapport au douaire fixé par une clauſe particulière à un taux qui excède celui de la coutume.

Le douaire accordé aux enfans d'un premier lit, ſoit par la coutume, ſoit par une ſtipulation conforme à la coutume, n'eſt point ſujet à la Légitime des enfans du ſecond lit. La raiſon en eſt que ce droit n'eſt point une donation, mais une convention matrimoniale & par conſéquent un titre onéreux.

A cette réſolution qui eſt adoptée par le Brun en ſon traité des ſucceſſions, & par Berroyer en ſes notes ſur les arrêts de Bardet, on oppoſe communément trois objections.

La première eſt de dire que le douaire eſt parmi nous ce qu'étoit chez les Romains la donation à cauſe de noces, que par conſéquent c'eſt une libéralité du mari à ſa femme & du père aux enfans, & qu'ainſi il doit ſouffrir la détraction de la Légitime.

Deux réponſes à cette objection. 1°. Il eſt faux qu'il y ait le moindre rapport entre la donation à cauſe de noces des Romains, & le douaire adopté par nos coutumes. La ſeule reſ-

ſemblance que l'on remarque entre ces deux droits, conſiſte dans l'hypothèque ſubſidiaire qui a lieu pour l'un comme pour l'autre ſur les biens ſubſtitués : mais parce que les arrêts ont étendu au douaire le privilège accordé par la novelle 39 à la donation à cauſe de noces, s'enſuit-il qu'on les ait regardés comme une même choſe ? Non ſans doute : tout ce que l'on peut en conclure, c'eſt que le douaire eſt au moins auſſi favorable que la donation à cauſe de noces. Du reſte, le douaire eſt dû à la femme, ſoit qu'il ait été ſtipulé ou non ; il ne peut être révoqué, augmenté, ni diminué après la célébration du mariage ; il ne dépend point du payement ni de la quotité de la dot, & la femme n'en a jamais que l'uſufruit, ſoit que ſes enfans la ſurvivent ou la prédécèdent ; au lieu que la donation à cauſe de noces ne pouvoit exiſter que par une ſtipulation expreſſe, pouvoit être augmentée pendant le mariage, n'avoit lieu qu'autant que la dot avoit été payée & dans la même proportion, & appartenoit toujours en partie, & quelquefois en totalité, à la femme. Toutes ces différences prouvent nettement que l'on ne peut aſſimiler le douaire à la donation à cauſe de noces.

2°. Quand la comparaiſon de l'un à l'autre droit ſeroit exacte, qu'en réſulteroit-il ? La novelle 119 décide que la donation à cauſe de noces n'eſt point une libéralité proprement dite, mais un *contrat particulier*, & qu'en conſéquence elle ne doit point être aſſujettie à la formalité de l'inſinuation (*). Ainſi le rapport du douaire à la

(*) Sponſalitiam largitatem contractum ſpecialem eſſe

donation à cauſe de noces, ſe retorqueroit contre les partiſans de la Légitime des enfans du ſecond lit.

La ſeconde objection eſt tirée de la note de Dumoulin ſur l'article 137 de l'ancienne coutume de Paris : ce juriſconſulte établit en cet endroit, que l'ingratitude d'un enfant envers ſon père doit le faire priver du douaire, parce que c'eſt ſur les biens du père que ſe prend ce gain. *Fallit ſi liberi ſint ingrati ut poſſint exheredari, quia tunc privari doario authentica*, neque C. de ſecundis nuptiis. *Et tunc ſpectat ad patrem privare, & ingratitudo erga eum attenditur à quo dos vel lucrum præficiſcitur.* On infère de là que Dumoulin a conſidéré le douaire comme une donation du père à ſes enfans, puiſque, dit-on, ſi c'étoit une pure dette, ils ne pourroient pas en être privés pour cauſe d'ingratitude.

Mais, 1°. on ſait que les notes poſthumes de Dumoulin ne ſont que des matériaux informes qu'il avoit préparés pour un ouvrage complet & méthodique ſur tous les titres de la coutume de Paris. Si cette circonſtance ne ſuffiſoit pas pour diminuer l'autorité de ces notes, au moins les erreurs que renferment celles qui concernent le douaire, devroient empêcher que l'on ne s'en prévalût ici. En effet, ſur l'article 135, Dumoulin dit, que le douaire coutumier n'eſt point dû à la femme dont la dot n'a point été payée ;

& judicari & non aliis donationibus eam connumerari per præſentem ſancimus legem : quoniam pro eâ æqualitas dotis offertur. Sive igitur fiat ſub geſtis monumentorum ejus inſinuatio, ſive etiam non, jubemus eam per omnia ſuum robur habere.

perſonne cependant ne doute du contraire. Sur l'article 137, c'eſt-à-dire, dans le paſſage que nous venons de tranſcrire, il cite une authentique *neque*, qui ne ſe trouve ni dans le titre *de ſecundis nuptiis*, ni ailleurs.

2°. Il eſt vrai, comme le décide cet auteur, qu'un enfant ingrat envers ſon père peut être privé du douaire; mais peut-on conclure de là que le douaire ſoit pour le premier une libéralité du ſecond? L'ingratitude d'un fils peut le faire priver de ſa Légitime & même du droit de ſépulture dans le tombeau de ſes ancêtres. La novelle 115 & la loi 6, D. *de religioſis & ſumptibus funerum*, mettent ces deux points en évidence: dira-t-on pour cela que la Légitime & le droit de ſépulture ſont des donations d'un père envers ſes enfans?

3°. Dumoulin lui-même étoit perſuadé que le douaire eſt un titre onéreux tant pour la femme que pour les enfans. Il demande ſur l'article 141 de la coutume de Paris, ſi ce droit s'éteint dans la perſonne de la femme par la deſtruction de la maiſon ſur laquelle il étoit affecté? Voici ce qu'il répond: *Reſpondi non ſiniri uſumfructum, ſed manere in aréâ, ſi velit vidua, quia datus eſt in recompenſam . . . . . non obſtat lex repeti*, §. 1, quib. mod. uſusfruct. amitt. *quia loquitur in lucrativo uſufructu*. A l'égard des enfans, il dit ſur l'article 138, que le droit d'aîneſſe n'a point lieu entre eux ſur leur douaire, parce qu'ils le tiennent de la coutume à titre de créance, *quia conſuetudo dat jure contractus*. Il répète la même choſe ſur l'article 112 de la coutume de Valois, *quia capiunt jure contractus*.

La troiſième objection eſt que le droit d'aî-

neſſe eſt ſujet à la Légitime au défaut d'autres biens ; que l'équité qui a introduit ce point de juriſprudence milite également à l'égard du douaire, que par conſéquent il doit y être adapté.

On répond, 1°. que l'article 17 de la coutume préfère également le douaire & la Légitime au droit d'aîneſſe ; qu'il n'y a aucun texte qui faſſe marcher la Légitime avant le douaire ; qu'au contraire, les articles 253 & 254, préférant le douaire des enfans du premier lit à celui des enfans du ſecond lit, font aſſez entendre que la même préférence doit avoir lieu contre la Légitime de ces derniers, puiſque le douaire tient lieu de Légitime. C'eſt d'ailleurs ce qui réſulte de la maxime, *ſi vinco vincentem te, à fortiori te vinco ;* car le douaire eſt préféré aux dettes poſtérieures à la célébration du mariage, & l'on a déjà vu que les dettes ſont toujours préférées à la Légitime.

2°. La coutume n'admet qu'un droit d'aîneſſe, quoiqu'il y ait des enfans de pluſieurs lits ; elle le donne même à l'aîné mâle d'un ſecond mariage, lorſqu'il n'y a que des filles du premier. Il ne faut donc pas s'étonner ſi ce droit a été ſoumis à la Légitime de tous les enfans ; ce tempérament étoit indiſpenſable pour éviter une inégalité monſtrueuſe dans le ſort de pluſieurs enfans d'un même père. Il n'en eſt pas de même du douaire ; le père multiplie ce droit autant de fois qu'il ſe marie. Les enfans de chaque lit ont le leur, & les filles y ont la même part que les garçons.

3°. Le droit d'aîneſſe eſt un avantage réel, une donation véritable que fait la coutume à l'enfant mâle. Le douaire eſt un titre onéreux, dans toute l'énergie de ce terme ; nous l'avons déjà fait voir

par l'autorité de Dumoulin, & l'on en trouvera une preuve raisonnée dans ce qu'a dit M. Dareau à l'article DOUAIRE, tome 21, page 4.

A toutes ces raisons se réunit un arrêt du 27 mars 1629, qui a jugé *in terminis*, que les enfans du second lit n'ont point droit de Légitime sur le douaire des enfans du premier lit. En voici l'espèce telle que la rapporte Bardet, tome 1, livre 3, chapitre 37.

Samuel de Pérelle, procureur au parlement de Paris, avoit constitué à Catherine Barbé, sa première femme, un douaire préfix de quinze cents livres, conformément à la coutume : de ce mariage étoient nés deux enfans, Antoine & Hélene. Catherine Barbé étant morte, Samuel de Pérelle s'étoit remarié avec Marie Godefroy, & en avoit eu trois enfans. Antoine de Pérelle mourut dans cet intervalle. Après le décès du père, Marie Godefroy fut nommée tutrice de ses enfans, & en cette qualité assignée par Hélene de Pérelle pour lui payer les quinze cents livres promises pour douaire à Catherine Barbé sa mère. La cause portée aux requêtes du palais, on soutint pour la veuve, que la fille du premier lit ne pouvoit prétendre que la moitié de la somme par elle demandée, parce qu'Antoine de Pérelle, son frère, étoit mort avant le père, & que son prédécès avoit éteint la moitié du douaire ; qu'en tout cas, le défunt ayant laissé très-peu de biens, ce douaire devoit contribuer à la Légitime des enfans du second lit. » Sur quoi, » dit Bardet, messieurs des requêtes condam- » nèrent ladite Godefroy au payement des quinze » cents livres, sans aucune diminution ni détraction » pour la Légitime, ni autrement : dont ladite » Godefroy ayant interjeté appel..... la cour

» mit l'appellation au néant ſans amende ; ordonna » que la ſentence dont étoit appel ſortiroit ſon » plein & entier effet, ſans dépens «.

S'il en faut croire Tronçon ſur l'article 254 de la coutume de Paris, il y avoit dans l'eſpèce de cet arrêt une circonſtance particulière. Suivant lui, les enfans de Marie Godefroy avoient renoncé à la ſucceſſion du père commun, & il réſultoit de là une fin de non recevoir contre eux, au moins dans l'opinion de ceux qui regardent la qualité d'héritier comme une condition eſſentielle pour demander la Légitime.

Mais Berroyer prouve clairement que cet auteur s'eſt trompé : » Il eſt aiſé, dit-il, de concevoir » qu'il n'y avoit point de renonciation. 1°. Bar- » det, dans le récit plus vraiſemblable du fait, » obſerve que la fille du premier lit demandoit » le payement de ſon douaire aux enfans du ſe- » cond, qui n'en pouvoient être tenus qu'en qua- » lité d'héritiers du père : 2°. ſi cette renonciation » eût été véritable, elle ne pouvoit échapper à » ſon exactitude, & auroit donné lieu d'agiter la » queſtion de ſavoir ſi l'on ne peut pas être légi- » timaire ſans être héritier ; ou la mère, tutrice » des enfans mineurs du ſecond lit, l'auroit fait » ceſſer par des lettres de reſciſion : 3°. Tronçon » demeure d'accord de l'accroiſſement du douaire » jugé par le même arrêt, qui préſuppoſe que » les enfans du ſecond lit étoient héritiers ; autre- » ment ils auroient été ſans intérêt, ne s'agiſſant » que de décider ſi la portion d'Antoine de Pérelle, » fils du premier lit, dans le douaire, devoit » accroître à ſa ſœur douairière ou à l'hérédité «.

Il y a un grand nombre de coutumes qui ne donnent point de douaire aux enfans, ou, pour

dire la même choſe en d'autres termes, qui déclarent le douaire de la femme viager. Mais parmi ces coutumes, il en eſt pluſieurs qui permettent de le ſtipuler propre & tranſmiſſible aux enfans. En conſéquence, on demande ſi le douaire dont les enfans du premier lit ſont redevables à une pareille ſtipulation, eſt ſujet à la Légitime de ceux du ſecond lit.

Le Brun décide que non. Celui, dit-il, qui, étant domicilié dans une coutume où le douaire n'eſt que viager à la femme, le conſtitue propre à ſes enfans à naître, conformément à la coutume de Paris, n'exerce dans ce changement de loi aucune libéralité, il ne fait que choiſir la manière de contracter pour faire un titre onéreux. Il reſſemble à un homme qui, ſe mariant en pays de droit écrit, y ſtipule néanmoins une communauté : certainement l'intention de ce dernier n'eſt point de faire une donation à ſa femme. On ne peut donc pas non plus regarder la converſion du douaire viager en douaire propre, comme une donation faite aux enfans. Le contrat de mariage étant un acte onéreux, les clauſes qui le compoſent ne doivent paſſer pour des libéralités que quand elles ſont déclarées telles, ou qu'elles n'ont point d'autre face : or, contracter ſuivant une coutume plutôt que ſuivant une autre, ce n'eſt point donner, quoiqu'il en réſulte du profit pour quelqu'un, parce qu'il eſt très-poſſible & très-ordinaire que les conjoints en uſent ainſi, par la ſeule prédilection qu'ils ont pour une coutume, ſur-tout quand elle ne s'éloigne pas du droit commun. Dans le mariage, qui eſt l'action la plus importante de la vie, l'on a droit de ſe ſoumettre à telle loi qu'on trouve à propos, &

c'eſt ce qui arrive très-fréquemment. Qu'un habitant de Lyon, par exemple, vienne ſe marier à Paris & y continue ſa demeure, il eſt certain que ſa femme aura douaire & communauté de plein droit. Le mariage met donc l'homme au deſſus des loix de ſa patrie; il lui permet d'y déroger, de s'en former d'autres, & de ſe conſtituer en un moment un nouveau domicile & une nouvelle coutume.

Enfin, continue le Brun, cette queſtion s'étant préſentée en la ſeconde chambre des enquêtes dans la maiſon de Champlais, & s'agiſſant de ſavoir ſi les enfans d'un ſecond lit pouvoient prétendre une Légitime ſur le douaire préfix conſtitué à la première femme & ſtipulé propre aux enfans dans la coutume du Maine qui le déclare ſimplement viager, par arrêt du 3 août 1682, il a été jugé que la Légitime ne devoit point avoir lieu au préjudice du douaire des enfans du premier lit, & qu'un homme domicilié au Maine, qui rend, par ſa ſoumiſſion à la coutume de Paris, le douaire propre aux enfans à naître de ſon mariage, n'eſt point réputé leur faire une donation.

On peut pouſſer la queſtion plus loin que ne le fait le Brun, & demander ſi dans les coutumes d'égalité parfaite qui bornent le douaire à la perſonne de la femme, ce ne ſeroit pas faire aux enfans du premier lit un avantage prohibé que de leur rendre le douaire propre, & ſi en conſéquence il ne faudroit pas le réduire à une part égale à celle des enfans du ſecond lit, qui prendroient qualité de légitimaires.

Nous trouvons dans les notes de Berroyer ſur Bardet un arrêt du 30 mars 1683, qui ſemble préjuger la négative. Cet arrêt » adjuge un

» douaire de 4000 livres de rente à dame Marie » de Ruellan, issue du premier mariage de M. » du Tiersan, maître des requêtes, contre, les » enfans du second lit, qui objectoient, entre » autres moyens, l'article 199 de la coutume » de Bretagne, qui défend les donations du père » aux enfans; d'où l'on tiroit une prohibition in- » directe de stipuler le douaire propre, la cou- » tume ne le donnant qu'en usufruit à la femme... » M. l'avocat général de Lamoignon remarqua » que quand la stipulation du douaire propre » aux enfans faite à Paris, loi du contrat de » mariage & du domicile des mariés, pourroit » être considérée comme donation du père en » Bretagne, toutefois le douaire passant premiè- » rement à la mère, & étant directement sti- » pulé pour elle, les enfans le pourroient prendre » après elle, & profiter de cette stipulation, sans » que l'on pût leur objecter la prohibition de » l'article 199, qui ne parle que de donation » faite directement par le père à l'enfant; & » quoique la stipulation de propre semble directe » aux enfans, c'est toujours en considération de » la femme qu'il est constitué; elle seule a pu y » donner lieu, la jouissance lui en est directe- » ment attribuée, & par une suite seulement la » propriété aux enfans «.

» Au surplus (c'est toujours Berroyer qui parle), » M. du Tiersan, fils aîné du second lit, atta- » quoit principalement le douaire de la fille du » premier lit par le privilége du droit d'aînesse, » & les puînés n'agitoient pas la question de » Légitime, mais prétendoient réduire la dame » leur sœur à une portion égale à chacun » d'eux «.

Quoi qu'il en ſoit, Hévin en ſes conſultations 98, 99 & 100, réprouve abſolument la déciſion de cet arrêt; & voici comme en parle M. de Perchambaut ſur l'article 200 de la coutume de Bretagne : » Il fut jugé directement contre la » raiſon au parlement de Paris, en faveur de M. » du Tierſan, quand on ordonna qu'un douaire » ſeroit propre aux enfans pour les biens ſitués » en Bretagne, parce que c'eſt un don fait à » des héritiers que cette coutume a réprouvé «.

Si l'arrêt a bien jugé, on peut, ce ſemble, en conclure que, même dans les coutumes d'égalité parfaite, on peut, par une ſtipulation particulière, rendre propre le douaire qu'elles déclarent viager, ſans être cenſé avantager les enfans du premier lit, & conſéquemment ſans donner ouverture à une demande en Légitime de la part des enfans du ſecond lit ſur les biens compris dans ce droit.

Si au contraire la critique que font de cet arrêt Hévin & M. de Perchambaut, eſt exacte, la ſtipulation dont il s'agit doit être regardée comme une donation ſujette à la Légitime.

Ce dernier parti a été adopté par un arrêt rendu le 16 mars 1764, au rapport de M. Berthelot de Saint-Alban, conſeiller en la troiſième chambre des enquêtes.

Dans le fait (nous parlons d'après l'additionnaire de le Brun), Nicolas d'Hauſſonville, connu ſous le nom de Comte de Vaubecourt, a été marié deux fois. De ſon premier mariage avec Charlotte de Vergeur, ſont iſſus, entre autres enfans, Charlotte d'Hauſſonville, & Anne-Françoiſe d'Hauſſonville. Du ſecond mariage avec Claire Guillaume, ſont nés, entre autres enfans, Louis, François, & Marie d'Hauſſonville.

Par le contrat de mariage de Nicolas d'Hauſſonville avec Charlotte de Vergeur, cette dernière eſt douée de trois mille livres de rente de douaire préfix, ſi mieux elle n'aime prendre & opter le coutumier, *lequel douaire*, ajoute-t-on, *tel que choix ſera demeurera propre aux enfans provenans dudit mariage, pour d'icelui jouir juivant la coutume de Paris.*

Les enfans du premier lit ont renoncé pour s'en tenir au douaire coutumier; ceux du ſecond lit répètent leur Légitime.

Sentence des requêtes du palais du 30 mars 1760, qui, quoique favoriſant les enfans du premier lit, a donné lieu, par la ſingularité de ſes diſpoſitions, à l'appel de toutes les parties.

Il eſt important d'obſerver que tous les biens du comte de Vaubecourt étoient régis par les coutumes de Metz, Verdun, Bar, Vitry, Châlons & Sens, toutes coutumes où le douaire eſt viager à la femme; mais que celles de Bar, Vitry & Châlons, ſont des coutumes d'égalité parfaite.

L'arrêt cité a ordonné la réduction des parts du douaire à l'égalité des parts légitimaires, pour les biens ſitués dans les coutumes de Bar, Vitry & Châlons, ſauf à recourir, pour le ſupplément de la part des enfans du premier lit, ſur les biens, ſi aucuns y a, ſitués tant dans la coutume de Metz, que dans celles où le douaire eſt propre aux enfans, & ſur les acquêts faits par le père, dans les coutumes qui ne ſont pas d'égalité parfaite.

Le principe de déciſion a été, que quoiqu'il ſoit permis dans toutes ces coutumes de ſtipuler le douaire propre aux enfans, il faut concilier

cette disposition avec l'esprit de celles qui requièrent une égalité parfaite de parts entre tous les enfans.

Qu'il nous soit permis de le dire, ne semble-t-il pas qu'il y a une contradiction manifeste dans les dispositions de l'arrêt ? D'un côté, il juge que la stipulation de douaire propre est une libéralité du pere aux enfans du premier lit, & en conséquence il la déclare contraire à la prohibition de certaines coutumes d'avantager un enfant. D'un autre côté, il décide que cette stipulation doit avoir son effet, au préjudice de la Légitime, dans les coutumes qui ne contiennent point de pareille défense : voilà donc une seule & même clause considérée comme un titre gratuit par rapport à un endroit, & comme un titre onéreux par rapport à un autre. Peut-être ne manque-t-on pas de subtilités pour couvrir cette contradiction ; mais nous avouons de bonne foi que nous n'en sentons pas la force.

Parlons franchement : pourquoi ne regarderoit-on pas comme une libéralité la convention par laquelle un père étend à ses enfans un douaire que la loi borne à la personne de sa femme ? Sans doute le contrat de mariage est un titre onéreux ; mais il ne peut servir de voile à des donations faites en fraude de la Légitime. Or, comment peut-on juger si telle ou telle clause contient une donation ? C'est sans contredit en examinant si elle est plus avantageuse à celui pour qui elle est faite, que ne le feroient les dispositions de la loi.

En vain oppose-t-on que l'on n'est pas censé donner en se soumettant à une coutume étrangère. Cela est vrai, lorsqu'il ne résulte de la soumission

soumission qu'un contrat onéreux. Qu'un homme, par exemple, se mariant en pays de droit, stipule une communauté de meubles & de conquêts suivant la coutume de Paris, il n'avantage point sa femme & n'est point avantagé par elle ; les deux époux forment seulement une société dans laquelle ils font des apports égaux ou réputés tels ; c'est un contrat onéreux, un véritable acte de commerce qu'ils passent ensemble. Mais qu'un domicilié à Paris aille se marier à Lille ou à Douai avec soumission à la coutume de l'une ou de l'autre ville, il résultera de là une communauté de tous biens, & par conséquent un avantage réel pour le moins riche des deux conjoints, avantage qui sera sujet au retranchement de la Légitime, comme le Brun lui-même est forcé d'en convenir. Pourquoi donc ne feroit-on pas également opérer ce retranchement sur un douaire que les enfans ne doivent qu'à la soumission de leur père à une coutume qui le rend propre?

Mais, dit-on, il y a une différence entre ces deux cas : dans le premier, le père renonce au droit commun pour suivre une coutume singulière ; dans le second il s'y conforme, ou du moins il ne s'en éloigne pas, puisque nous avons un grand nombre de coutumes qui déclarent le douaire de la femme propre aux enfans. Ainsi, dans le premier cas, on doit le considérer comme un donateur ; & dans le second, comme contractant à titre onéreux.

Cette raison de différence tombe d'elle-même. Le droit commun d'une province ou d'une ville n'est point l'esprit général des coutumes étrangères, mais la coutume qui a été adoptée par

cette province ou cette ville. Qu'importe à un habitant du Maine ce qui se pratique à Paris ? A la bonne heure que dans les questions qu'une coutume particulière laisse indécises, on s'en rapporte à la disposition du plus grand nombre des autres coutumes ; il n'y a rien en cela que de régulier ; & c'est alors que cette disposition forme un droit commun pour le territoire même de la coutume muette. Mais que dans les cas sur lesquels une loi municipale s'explique de la manière la plus précise, on veuille regarder & faire valoir comme le droit commun de ses sujets le résultat de la plupart des loix étrangères, c'est ce que l'on ne peut faire sans heurter de front les premiers principes. Chaque coutume est souveraine dans son territoire ; ses sujets n'ont point d'autre droit commun qu'elle tant qu'elle n'est pas muette, & ce n'est que dans son silence qu'il leur est permis de recourir aux coutumes étrangères.

Un exemple rendra ceci plus sensible. C'est une maxime établie par les loix Romaines & reçue dans nos mœurs, que l'on ne doit point restituer en entier un mineur qui a été lésé en suivant le droit commun (*). Cela posé, qu'un jeune homme domicilié à Lille ou à Douai stipule en se mariant une communauté de tous biens ; il est certain que cette stipulation est contraire au droit commun, c'est-à-dire, à l'esprit général des coutumes de France & des Pays-Bas. Cependant elle ne sera point sujette à rescision,

(*) Non videtur circumscriptus esse minor, qui jure sit usus communi. *L. 9, C. de in integrum restitutione minorum 25 annis.*

parce qu'elle eſt conforme à la diſpoſition particulière des coutumes de Lille & de Douai.

Autre exemple. Deux perſonnes domiciliées à Douai ſe marient, & par leur contrat de mariage ſe font une donation mutuelle de tous leurs biens meubles & conquêts. Cette donation ſeroit preſque par-tout ailleurs ſujette à la Légitime des enfans qui doivent naître de ce mariage ; cependant elle en ſera exempte à Douai, parce qu'elle eſt calquée ſur le droit d'entraveſtillement de ſang qui a lieu dans cette ville en faveur du ſurvivant.

Encore une fois donc, le droit commun de chaque territoire eſt la coutume qui y domine lorſqu'elle n'eſt pas muette ; & c'eſt par les diſpoſitions de cette coutume qu'il faut juger ſi telle ſtipulation doit être regardée comme une libéralité ou comme un titre onéreux.

Reſte à examiner ſi dans les coutumes qui rendent le douaire propre aux enfans, & qui par conſéquent l'affranchiſſent du retranchement de la Légitime, il ne doit pas, lorſqu'il eſt porté par une clauſe particulière à un taux qui excède celui de la coutume, être ſoumis à ce retranchement juſqu'à concurrence de l'excès dont il s'agit.

Tout ce que nous venons de dire s'applique ici avec la plus grande juſteſſe pour établir l'affirmative ; & c'eſt une opinion à laquelle le Brun lui-même accorde ſon ſuffrage. Suivant cet auteur, » il y a une très-grande différence entre établir le » douaire propre aux enfans en une coutume où » il n'eſt que viager, & faire un douaire préfix » qui excède de beaucoup le coutumier & la » manière ordinaire de conſtituer des douaires ; » comme il y a beaucoup de différence entre ſti-

» puler une communauté de biens en pays de » droit écrit, & ſtipuler une communauté de » tous biens, ou un partage inégal de commu- » nauté en pays coutumier. . . . . Le douaire » exceſſif & la communauté de tous biens paſſent » pour de pures libéralités & ſont ſujets à la » Légitime des enfans d'un ſecond lit : auſſi » quoiqu'ils faſſent partie d'un contrat de mariage, » un mineur peut s'en faire relever. En un mot, » toutes les conventions qui excèdent le droit » commun & la manière ordinaire de contracter, » ſont des donations, & cette règle peut ſervir » pour la reſtitution du mineur contre ces ſortes de » conventions, & pour la Légitime «.

Renuſſon ſoutient le contraire, ſur le fondement de l'arrêt déjà cité du 27 mars 1629, dans l'eſpèce duquel il ſuppoſe, d'après Tronçon, que le douaire étoit de 3000 livres de rente, & qu'il excédoit de beaucoup le taux réglé par la coutume. On a vu plus haut que Tronçon n'a pas bien connu cet arrêt, & l'on en trouve ici une nouvelle preuve ; car Bardet nous aſſure poſitivement que le douaire préfix de Catherine Barbé n'étoit que de 1500 livres, & qu'on l'avoit ſtipulé conformément aux diſpoſitions de la coutume de Paris. Si Renuſſon avoit été inſtruit de cette circonſtance eſſentielle, il auroit certainement décidé tout autrement qu'il ne l'a fait, puiſqu'il ne peut s'empêcher de convenir que ſon opinion *reçoit beaucoup de difficulté. Quand un homme*, ajoute-t-il, *conſtitue à ſa future épouſe un douaire préfix plus fort que le coutumier, il ſemble que ce qui excède le douaire coutumier eſt une libéralité, un avantage, une eſpèce de donation, & que cet excédent devroit être ſujet à la Légitime des enfans du ſecond lit.*

SEPTIÈME QUESTION. *Les gains de ſurvie uſités dans les provinces de droit écrit, ſont-ils ſujets à la Légitime ?*

Il faut diſtinguer, comme nous l'avons fait à l'égard du douaire, les gains de ſurvie fondés ſur l'uſage ou ſur une convention conforme à l'uſage, d'avec les gains de ſurvie qui ne doivent l'exiſtence qu'à une ſtipulation expreſſe des parties, ou qui, étant introduits par l'uſage, ſont portés par une clauſe particulière à un taux qui l'excède.

La première eſpèce de gains de ſurvie n'eſt point ſujette à la Légitime ; c'eſt ce qui réſulte de toutes les raiſons par leſquelles nous avons établi la même choſe relativement au douaire coutumier, & c'eſt ainſi que le décide M. Boucher d'Argis par rapport à l'augment de dot : » Il y a, dit-il, ſur cette matière deux principes » dont on ne peut s'écarter. Le premier eſt que » la femme peut ſe conſtituer en dot tous ſes » biens préſens & à venir ; *nihil enim vetat mu-* » *lierem dare in dotem bona ſua omnia*, dit la » loi 4, au code *de jure dotium*. Un ſecond » principe eſt que toute dot mérite un augment » proportionné à ſa quotité, parce que l'augment » eſt donné en récompenſe de la dot : *dos data do-* » *nationem meretur* (*auth. dos, cod. de donatio-* » *nibus*). De ces deux principes on eſt en droit » de conclure, que l'augment coutumier & le » préfix non excédant le coutumier, à quelque » ſomme qu'ils puiſſent monter, ſont dus en » entier à la femme ſurvivante, ſans être ſujets à » aucune réduction pour la Légitime des enfans,

» ni pour celle des ascendans : du moins les loix » n'ont point prévu ce cas «.

M. Boucher d'Argis étend sa décision au contre-augment & aux autres gains qui peuvent avoir lieu en faveur du mari survivant ; & c'est ce qui a été jugé par deux arrêts très-précis du parlement de Toulouse : le premier est rapporté par M. Maynard, livre 2, chapitre 88. En voici l'espèce.

Une femme domiciliée à Toulouse institue son mari héritier universel, & meurt sans enfans : sa mère demande sa Légitime, & veut comprendre dans l'exercice de ce droit le contre-augment du mari, c'est-à-dire, la dot de sa fille acquise à celui-ci par le prédécès de sa femme, suivant la coutume de Toulouse, titre *de dotibus*, article 3. Le mari s'oppose à cette prétention, & soutient n'être tenu de fournir la Légitime que sur les biens compris dans son institution. L'affaire portée au parlement de Toulouse, il intervient après partage porté de la tournelle en la grand'chambre, arrêt du 5 avril 1594, qui déboute la mère de sa demande en Légitime sur la dot gagnée par le mari, *& ledit arrêt retenu pour être prononcé solemnellement la fête de pâques prochaine par M. le président du Faur.*

A cet arrêt, dit M. de Catelan, » j'en ajou» terai un autre prononcé en robes rouges par » M. le premier président de Fieubet, la veille » de la pentecôte de l'année 1674. Cet arrêt » avoit été rendu en la première chambre des en» quêtes après partage. La raison de douter étoit » la faveur de la Légitime d'une mère sur les » biens délaissés par sa fille morte sans enfans. » Mais ce n'est pas ici le cas de succession, ni

» par conséquent de Légitime ; le mari ne gagne » pas la dot par voie de succession ; c'est une » dette à son égard qu'il exige, c'est un gain » que la coutume lui donne dans son détroit, ou » le pacte apposé au contrat de mariage dans le- » quel on s'est soumis à la coutume.

Enfin M. Boucher d'Argis tient, que » les ba- » gues & joyaux coutumiers, & les préfix non » excédant les coutumiers, paroissent aussi, par les » mêmes raisons, devoir être préférés à la Légitime » des enfans & ascendans «.

Cependant, continue le même auteur, il pourroit arriver que l'augment, le contre-augment & les autres gains de survie fussent si excessifs qu'ils absorbassent tous les biens du défunt. Dans ce cas, *je pense que par équité & selon les circonstances on régleroit ces droits* arbitrio boni viri, *ou bien l'on obligeroit le survivant à donner aux légitimaires une pension par forme d'alimens.*

La seconde espèce de gains de survie est indistinctement sujette à la Légitime ; M. Boucher d'Argis le décide en ces termes : » Pour ce qui » est des donations de survie & autres gains nup- » tiaux qui ne sont fondés que sur la convention » expresse des parties, ils sont sans contredit ré- » ductibles pour la Légitime «. Cette décision peut être appuyée de toutes les raisons par lesquelles nous avons prouvé ci-dessus que le douaire est soumis au retranchement, quand il ne doit sa qualité de propre qu'à une clause du contrat de mariage.

Quant aux gains de survie de la troisième espèce, le même auteur pense, & avec raison, qu'ils doivent être réduits pour la Légitime, &

contribuer à ce droit jusqu'à concurrence de l'excès de la stipulation sur le taux fixé par l'usage.

Voici ce qu'oppose à cette résolution un auteur anonyme dont M. Boucher d'Argis a fait imprimer les observations à la fin de son ouvrage : » Un traité de mariage est un traité semblable aux » autres : les conventions qui y sont stipulées sont » de véritables créances qui n'entrent point dans » la masse de l'hoirie. Lors d'un mariage, l'aug- » ment est convenu & réglé comme un droit & » non comme une donation ; souvent il est le » prix (quand il excède le coutumier) ou d'un » âge peu assorti, ou d'une naissance plus distin- » guée ; en un mot, il est toujours regardé comme » une convention ou une créance, & jamais comme » une donation, à quelque somme qu'il soit porté, » & tel est l'usage «.

La réponse de M. Boucher d'Argis paroît décisive : » On pourroit dire du douaire préfix & » de toutes les autres conventions matrimoniales, » comme l'auteur des observations le dit de l'aug- » ment, qu'ils ne sont point réductibles pour la » Légitime, à quelque somme qu'ils se mon- » tent, & cela parce que ce sont des conventions » essentielles du mariage, qui forment plutôt » des créances que des donations. Néanmoins il » est certain que le douaire préfix qui excède, & » tous les autres avantages trop considérables, » quoique convenus par le contrat de mariage, » sont réductibles *arbitrio boni viri*, quand ils » préjudicient à la Légitime des enfans «.

Si quelque chose peut passer dans un contrat de mariage pour un titre onéreux & pour *le prix d'un âge peu assorti ou d'une naissance plus distinguée*, c'est assurément la constitution de dot :

cependant on a vu plus haut qu'elle eſt ſujette au retranchement de la Légitime ; il faut donc pareillement y ſoumettre toutes les conventions matrimoniales qui tendent à avantager quelqu'un au delà de ce que la coutume lui accorde.

Mais voici une autre queſtion. Lorſqu'il y a des enfans du mariage qui a produit les gains nuptiaux, le ſurvivant n'a régulièrement ſur ces gains qu'un droit d'uſufruit, à l'exception d'une virile dont il a la propriété en demeurant veuf : cette virile, ainſi appelée parce que c'eſt une portion égale à celle de chaque enfant, eſt-elle ſoumiſe à la Légitime que doit le ſurvivant lui-même à ſes enfans ?

L'affirmative ſembleroit n'être ſuſceptible d'aucun doute : d'un côté, la Légitime doit ſe prendre ſur tous les biens que le défunt laiſſe à ſa mort ou dont il a diſpoſé gratuitement : de l'autre, la virile appartient en toute propriété au ſurvivant ; il paroît donc que cette virile doit ſouffrir le retranchement de la Légitime, ſoit qu'elle ſe trouve dans la ſucceſſion *ab inteſtat*, ou que le ſurvivant s'en ſoit exproprié par des actes de libéralité.

La choſe n'eſt cependant pas auſſi claire qu'elle le ſemble au premier abord, & il y a là-deſſus trois diſtinctions importantes à faire.

1°. Lorſque le ſurvivant meurt ſans avoir diſpoſé de ſa virile, il ne peut pas être queſtion d'y prendre une Légitime : en effet, les ſeuls qui pourroient la demander ſeroient ou les enfans nés du mariage qui a produit le gain nuptial, ou les enfans iſſus d'un mariage antérieur.

Les premiers n'ont pas beſoin de l'action légitimaire pour avoir part à cette virile, parce

qu'elle leur eſt dévolue de plein droit, quoiqu'ils ne ſoient héritiers ni de leur père ni de leur mère : c'eſt ce que prouvent la loi 4, C. *de ſecundis nuptiis*, & la novelle 22, chapitre 20.

Les ſeconds n'y peuvent rien prétendre à quelque titre que ce ſoit, parce que les gains nuptiaux ſont toujours affectés aux enfans du défunt de qui ils proviennent.

2°. Lorſque le ſurvivant a diſpoſé de ſa virile, il eſt hors de doute que les enfans à qui elle ſeroit affectée ſi elle ſe trouvoit dans la ſucceſſion *ab inteſtat*, peuvent la comprendre dans leur action en retranchement de Légitime.

3°. Mais la difficulté eſt de ſavoir s'il en eſt de même, en ce cas, des enfans d'un lit antérieur. Cette queſtion s'eſt préſentée au parlement de Toulouſe dans une eſpèce remarquable. Anne de Paſquerie avoit été mariée trois fois ; la première, avec François Brunet ; la ſeconde, avec Bernard Trebos ; & la troiſième, avec François Maillos. Elle avoit conſtitué à ce dernier une dot de 5000 livres, & comme elle lui avoit ſurvécu, elle avoit gagné un augment de 2500 livres. A l'article de la mort, elle fit ſon teſtament, &, entre autres diſpoſitions, légua à Jeanne de Maillos ſa fille aînée du troiſième lit, ſa portion virile dans l'augment dont on vient de parler ; les enfans des deux premiers lits demandèrent leur Légitime ſur ce legs ; &, d'après l'oppoſition de la fille légataire, il s'éleva au parlement de Toulouſe un procès qui, après avoir été partagé en deux chambres différentes, fut enfin départi dans l'aſſemblée des chambres. M. de Catelan, qui en étoit rapporteur, nous retrace exactement les moyens dont on ſe ſervoit de part & d'autre.

On disoit pour la légataire, que les gains nuptiaux de la femme sont affectés aux enfans du mari de qui elle les tient. *Quod nomine mariti largitate percepit, id ex eo tantùm conjugio procreati sibi speciale tanquàm paternum patrimonium vindicant* : c'est la disposition de la loi 4, au code *de secundis nuptiis*. Les enfans du troisième lit ne pouvoient point prétendre de Légitime sur les gains nuptiaux que la défunte pouvoit avoir faits sur les biens de ses deux premiers maris, puisque la loi en avoit transmis incommutablement la propriété aux enfans des deux premières noces : pourquoi donc ces derniers auroient-ils plus de droit sur les gains nuptiaux du troisième mariage ? D'ailleurs si la mère commune des parties étoit morte *ab intestat*, ou même sans disposer nommément de sa virile, les enfans des deux premiers lits n'y prendroient rien, ils en seroient exclus par ceux du troisième lit, *honore præcipuo*, comme parle le chapitre 20 de la novelle 22 : ils n'y peuvent donc pas demander de Légitime, puisque la Légitime n'est jamais que le tiers ou la moitié de ce qu'on auroit eu *ab intestat*.

On répondoit pour les légitimaires, que, par la loi *hac edictali*, la propriété des gains nuptiaux est tellement acquise à la femme, que les enfans ne peuvent revendiquer les choses qu'elle en a aliénées. Le chapitre 20 de la novelle 22 confirme & assure cette propriété, *hæc erunt eis propria, nihil penè ab aliâ eorum differentia possessore*; & néanmoins, suivant la même loi, si le survivant ne dispose pas expressément & nommément de ces gains, ils appartiennent aux enfans de ce mariage par préciput, *honore præci-*

puo, ex noſtrâ lege, licet non ſint heredes nec patris nec matris. La propriété dont il s'agit eſt donc très-irrégulière, & forme pour ainſi dire une eſpèce de biens à part, lorſque le ſurvivant n'en diſpoſe pas; mais, dans le cas contraire, elle ſe mêle & ſe confond avec ſon patrimoine, elle en prend la nature, elle en ſuit la condition, & par conſéquent elle devient ſujette à la Légitime des enfans de tous les mariages. On convient généralement que la diſpoſition qu'en a faite la défunte au profit d'un des enfans du troiſième lit, n'eſt pas exempte de la Légitime des autres enfans du même mariage; elle ne doit pas l'être non plus de la Légitime des enfans des lits précédens, puiſque tous les enfans, de quelque mariage qu'ils ſoient nés, doivent avoir une Légitime égale: *Singulis ex æquo quadriuncium vel ſexuncium dividendo.* Ce ſont les termes de la novelle 18, chapitre 1.

On objecte que la Légitime n'eſt qu'une quotité de ce que l'on auroit *ab inteſtat*; & comme les enfans des deux premiers lits n'ont rien dans la virile, quand le ſurvivant n'en a pas diſpoſé, on conclut de là qu'ils n'y peuvent prendre de Légitime lorſqu'il l'a donnée ou léguée. Mais nous trouvons pluſieurs textes où la Légitime eſt appelé *pars totius ſubſtantiæ defuncti*; tels ſont le §. dernier, aux inſtitutes *de inofficioſo teſtamento*, le chapitre 1 de la novelle 18, & le chapitre dernier de la novelle 22. Si d'autres loix la qualifient de quotité de la portion *ab inteſtat*, c'eſt parce que communément la portion *ab inteſtat* ſe règle par rapport à tous les biens du défunt; l'exemple des père & mère qui prennent leur Légitime ſur toute l'hérédité, quoique leur fils ait

laissé des frères qui partageroient avec eux *ab intestat*, prouve nettement que le véritable caractère de la Légitime est d'être non une quotité de la portion héréditaire, mais une quotité de tout le patrimoine du défunt.

On oppose encore que les enfans du troisième lit ne pourroient pas demander de Légitime sur les gains nuptiaux des deux premiers mariages; qu'ainsi les enfans des deux premiers lits doivent également être sans droit & sans prétention sur les gains nuptiaux des troisièmes noces. Mais il y a une réponse très-simple. La femme a perdu, en passant à un second mariage, la propriété des gains nuptiaux du premier; & en passant à un troisième, la propriété des gains nuptiaux du second. Les choses comprises dans ces gains ne se sont donc plus trouvées dans son patrimoine au moment de sa mort, &, par une conséquence nécessaire, ses enfans de troisièmes noces n'ont pas pu y prendre une Légitime. Mais cette femme ne s'étant pas remariée après le décès de François Maillos, son troisième époux, la loi lui a donné en propriété la virile dont il s'agit, au cas qu'elle en disposât nommément, comme elle l'a fait: cette virile est donc confondue avec ses autres biens, & conséquemment elle est assujettie à la Légitime de tous les enfans, sans distinguer de quel mariage ils proviennent.

Nonobstant ces raisons, le premier avis prévalut, &, par arrêt du 5 mars 1659, les enfans des deux premiers lits furent déboutés de leur demande. » On crut principalement, dit M. de » Catelan, qu'il n'étoit pas juste que les enfans » du premier lit eussent part aux gains nuptiaux » d'un autre mariage d'où ces gains procédoient. On

» ajouta que la novelle 22, ſuivant laquelle la » virile appartient aux enfans du même mariage, » ſi la mère n'en diſpoſe pas, eſt fondée ſur la » volonté de cette mère, qui eſt préſumée, en ne » diſpoſant pas nommément de cette virile, avoir » voulu la laiſſer également à tous ſes enfans de » ce mariage, *quaſi voluerit magis ſervare filiis*, » *tanquàm ex cauſâ illorum ſibimet acquiſitas & » non ad extraneos deducere.* Ainſi, puiſque faute » de diſpoſition expreſſe la virile appartient aux » ſeuls enfans du même mariage, par la volonté » préſumée de leur mère, ſans que ceux d'un » autre mariage y puiſſent prétendre droit de Lé- » gitime, il s'enſuit que lorſqu'elle en diſpoſe » expreſſément en faveur d'un des enfans du même » mariage, les enfans d'un autre mariage n'y en » peuvent point auſſi prétendre, à cauſe de l'ex- » preſſe volonté de leur mère, puiſque la diſpo- » ſition expreſſe eſt toujours plus forte que la » tacite «.

Ces motifs ne peuvent s'appliquer qu'à l'eſpèce préciſe de l'arrêt cité, c'eſt-à-dire, au cas où le ſurvivant a diſpoſé de ſa virile en faveur d'un enfant du mariage dont elle eſt provenue : il faut cependant dire la même choſe, quoique la diſpoſition ſoit au profit d'un étranger: nous en avons déjà dit la raiſon ; c'eſt que les enfans du mariage précédent n'ont rien à prétendre ſur cette virile lorſque le ſurvivant n'en a pas diſpoſé, & que, ſuivant une maxime établie ci-deſſus, queſtion 4, on ne peut exiger de Légitime ſur des biens dont on eſt exclu *ab inteſtat*. L'objection qui eſt oppoſée à cette maxime dans le détail des moyens ſur leſquels eſt intervenu l'arrêt que nous venons de rapporter, trouve ſa réponſe dans ce que nous avons

dit en cette section, §. 1, par rapport aux questions de savoir si les enfans exhérédés font part dans la Légitime de leurs frères, & si les frères font part dans celle des ascendans.

Ainsi le seul cas où les gains nuptiaux peuvent être soumis dans la succession du survivant, à la Légitime des enfans d'un mariage antérieur à celui dont ils sont provenus, est lorsqu'il ne reste point d'enfant du dernier, & que par-là ils demeurent confondus avec les autres biens du survivant.

Faut-il étendre aux legs & autres libéralités testamentaires faites au survivant par un conjoint prédécédé, ce que nous venons d'établir touchant les gains nuptiaux relativement au cas où il se trouve des enfans de chaque lit? Cette question a été jugée pour la négative au parlement de Toulouse. Claire de Tournier avoit été mariée en premières noces avec Antoine Cambon, dont elle avoit eu une fille; & en secondes noces avec Antoine Croset, de qui il lui étoit né une autre fille. Ce dernier lui avoit légué par son testament une métairie située à Ausielle, & elle avoit elle-même disposé universellement en faveur de la fille qu'il lui avoit laissée. Après sa mort, la fille du premier lit demanda sa Légitime, & prétendit la prendre non seulement sur la dot & les autres biens provenans de la défunte, mais encore sur tout ce qu'elle avoit reçu de son second mari à titre de legs.

Sur quoi, dit M. d'Olive, *quelques-uns des juges estimoient cette demande incivile.* La loi 4, au code *de secundis nuptiis*, porte, que tout ce qu'une femme reçoit de la libéralité de son mari, *quod mulier ex mariti largitate percepit*, ne peut être réclamé dans sa succession que par les enfans issus

de ce mariage, *id ex eo tantùm conjugio procreati sibi ſpeciale tanquàm paternum patrimonium vindicant.* Cette diſpoſition comprend certainement les legs auſſi bien que les conventions matrimoniales : il y a même plus de raiſon de l'appliquer aux uns qu'aux autres, puiſque les conventions matrimoniales ſont des titres onéreux, ou du moins des donations ſans leſquelles le mariage n'eût point été contracté, & que par conſéquent elles ſont juſtement acquiſes à la femme ; au lieu que les legs dont elle eſt gratifiée par ſon mari ſont la récompenſe de l'affection qu'elle a eue pour lui, & le gage de l'eſpérance qu'elle n'oubliera pas ſes enfans. C'eſt donc principalement à ces libéralités que s'applique la néceſſité de la réſerve introduite par le texte cité, & comme dit la loi 67, §. dernier, au digeſte *de legatis* 1°., *cavendum eſt ne honor benè tranſacti matrimonii, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui meliùs de matre præſumpſit.*

Ces raiſons étoient ſéduiſantes ; mais celles que l'on y oppoſoit étoient mieux fondées. Les termes cités de la loi 4, au code *de ſecundis nuptiis*, paroiſſent à la vérité comprendre les legs comme les gains nuptiaux ; mais les dernières paroles du même texte font voir clairement qu'il faut en reſtreindre la diſpoſition à l'augment : *Sponſalitiam largitatem quam vir ſecundus contulit in uxorem, tantummodò filii qui ex ſecundo matrimonio ſuſcepti ſunt, pro ſoliditate poſſideant.* C'eſt ainſi que la gloſe a entendu cette loi, & l'on ne peut plus douter de l'exactitude de cette interprétation, depuis que l'empereur Juſtinien l'a confirmée lui-même : le chapitre 29 de la novelle 22 diſtingue formellement la donation

à

à cause de noces des libéralités étrangères au mariage, tels que les legs & les fidéicommis ; il déclare que l'une appartiendra toujours aux enfans nés du mariage dont elle sera provenue, soit que le survivant se soit remarié après ou non ; mais que les autres demeureront confondues dans le patrimoine du survivant qui n'aura pas contracté un nouveau mariage après la mort du conjoint qui l'en aura gratifié (*). Cette différence n'est pas sans raison : l'augment que la femme gagne par le prédécès de son mari, elle le gagne comme femme, en conséquence du mariage, & à l'occasion des enfans pour la procréation desquels il a été contracté (**), au lieu qu'elle reçoit comme étrangère, & par des considérations tout-à-fait personnelles, les legs, les fidéicommis & les autres dispositions contenues dans le testament de son mari.

(*) Et absolutè unaquæque soboles proprii parentis accipiat sponsalitiam largitatem, & omninò prioribus filiis propter secundas nuptias accipientibus, & secundi liberi modis omnibus eam habeant, quamvis quæ secundas contraxit nuptias ad tertia minimè migraverit vota. Ex rerum verò consequentiâ hoc ipsum & in patribus sit secundas nuptias facientibus : & servetur quidem ex priori matrimonio filiis propter secunda vota lucrata dos, secundis quoque licet non ad tertia pater pervenerit vota. Reliqua verò quæcumque in talibus lucratus est pater aut mater ex secundis nuptiis, aut per legatum forsitan, sive fideicommissum, non tamen ad tertias venerunt nuptias, hæc commixta eorum substantiæ & à tertiis non mutilata matrimoniis maneant apud eos immota : & ad eorum, velut propria, successiones perveniant, aut etiam à superstitibus quo voluut disponantur modo.

(**) Tanquàm ex causâ illorum matri acquisitum. *Novelle* 22, *chapitre* 20.

On citoit à l'appui de ces moyens deux docteurs qui soutiennent précisément cette doctrine ; savoir, Nicolas d'Arles sur la loi *generaliter*, C. *de secundis nuptiis*, & *Ripa* sur la loi *feminæ* du même titre. » Si bien, dit M d'Olive, que » la cour par arrêt du 7 juillet 1631, donné à » mon rapport en la première des enquêtes, ad- » jugea à la fille du premier lit la Légitime telle » que de droit sur tous & chacuns les biens de » feu Claire Tournier, & déclara dans lesdits » biens être compriſes toutes les libéralités par » elle reçues de feu Antoine Crosset son second » mari, tant par testament qu'autrement, excepté » la portion virile de l'augment à elle acquis par » le prédécès dudit Crosset.

» Cette question, continue M. d'Olive, s'é- » tant depuis présentée en la chambre de l'édit » à Castres, fut jugée suivant cette doctrine, au » rapport de M. de Jassand le 31 juillet 1634, » en réformant la sentence du sénéchal de Car- » cassonne, qui avoit jugé le contraire. La même » chose fut aussi jugée au parlement le 9 juillet » 1635, après partage porté de la deuxième à la » première des enquêtes «.

Huitième question. *Peut-on prendre deux fois la Légitime sur les mêmes biens ?*

Voici l'espèce de cette question. Un mari fait des donations à sa femme, soit par contrat de mariage, soit par testament : après sa mort, les enfans prennent leur Légitime sur les biens dont il a disposé à titre gratuit, & par conséquent sur les libéralités qu'il a faites à leur mère : celle-ci meurt ensuite ; on demande si les biens qui ont

souffert entre ses mains le retranchement de la Légitime paternelle, doivent encore supporter la détraction de la Légitime maternelle.

L'affirmative ne souffre aucune difficulté, & le Brun l'adopte sans balancer : » Il arrive sou-» vent, dit cet auteur, que sur les biens donnés » entre futurs conjoints les enfans qui naissent » du mariage prennent une double Légitime ; » une première, en tant que les biens procèdent » du donateur, & une seconde, en tant qu'ils » appartiennent au donataire ; & au cas, par » exemple, que la donation ait été faite par le » mari à la femme, les enfans considèrent d'a-» bord les biens comme paternels, & y prennent » la Légitime qui leur est due sur les biens du père ; » ensuite ils en regardent le surplus comme biens » maternels, & y prennent la Légitime qui leur » est due sur les biens de la mère : ce qui s'ap-» pelle dans les provinces de droit écrit, légitimer » deux fois sur les mêmes biens «.

Ce que dit ici le Brun des donations par contrat de mariage, Dumoulin & Henrys le disent également d'une institution d'héritier faite par le testament d'un conjoint au profit de l'autre ; & le parlement de Provence a confirmé leur sentiment par un arrêt du 13 juin 1636. » Dans la » cause sur laquelle cet arrêt intervint (dit l'adi-» tionnaire de Duperrier), notre auteur soutenoit » qu'on l'avoit toujours pratiqué ainsi, c'est-à-» dire, que la Légitime devoit être prise sur la » totalité des biens de la mère, quoiqu'on y » trouve confondue l'hérédité du père, sur la-» quelle les enfans ont déjà pris leur Légitime «.

» Mais, continue le même auteur, il a été » ensuite décidé que l'on ne peut pas légitimer

» deux fois sur les mêmes biens. Duperrier, dans » des défenses données pour un autre procès, » citoit trois arrêts qui l'avoient jugé ainsi ; l'on » en trouvera ci-dessous un autre du 23 décembre » 1655 ; Boniface en fait mention, & en rapporte » un autre du 19 avril de la même année, & un » du 4 ou 24 novembre 1657 «.

Cette jurisprudence est particulière au parlement de Provence, & elle y est tellement regardée comme contraire aux principes, qu'on ne la suit pas, suivant l'auteur cité, » lorsqu'il s'agit, non » pas d'une institution d'héritier, mais d'un simple » legs fait en faveur de la mère. Alors quoique » ce legs ait fait fonds dans la succession du père » pour la Légitime qui étoit due sur ses biens, » il fait encore fonds dans la succession de la » mère. Boniface cite deux arrêts qui l'ont jugé » ainsi ; l'un du 13 mars 1666 ; l'autre du 10 » mai 1670 «.

Second objet. Comment faut-il considérer les biens sujets à la Légitime, pour en former la liquidation?

Cette question en renferme quatre, deux générales & deux particulières. La première est de savoir quels sont les biens que l'on doit faire entrer en masse, & sur quel pied on doit les estimer ; la seconde, si l'on doit avoir égard aux augmentations & aux diminutions survenues aux biens depuis la mort du défunt ; la troisième, si pour régler la Légitime des petits-enfans il faut considérer toute la masse des biens de l'aïeul, ou seulement la part qui en seroit échue à leur père, au cas qu'il ne fût point prédécédé ; la qua-

trième enfin, si en réglant la Légitime d'un aîné on doit avoir égard à son préciput & à sa portion avantageuse.

PREMIÈRE QUESTION. *Quels sont les biens que l'on doit faire entrer en masse, & sur quel pied doit-on les estimer?*

La première partie de cette question est déjà résolue par la détermination que nous venons de faire des biens sujets à la Légitime : car c'est une règle constante que tous les biens qui sont sujets au retranchement, doivent entrer dans la masse & servir à la supputation. Il ne faut pas même pour cela qu'ils souffrent un retranchement actuel, il suffit qu'ils puissent le souffrir subsidiairement. Ainsi quoique les donations entre vifs ne doivent contribuer à la Légitime qu'au défaut des legs & des biens qui composent la succession *ab intestat*, on ne laisse pas de les comprendre fictivement dans la masse sur laquelle on forme la liquidation de la Légitime ; &, comme le porte un acte de notoriété donné par le parlement de Provence le 10 mars 1682, *elles entrent dans le globe de la succession pour grossir la liquidation de la Légitime, & non pour en faire le payement, si ce n'est en défaut de biens suffisans.* L'article 34 de l'ordonnance de 1731 a consacré ce principe dans les termes les plus précis.

Par la raison contraire, il est évident que l'on doit exclure de cette masse les biens qui ne sont sujets en aucun cas à la Légitime, tels que ceux qui sont affectés au préciput d'aînesse, ceux qui étoient possédés par le défunt à charge de fidéicommis,

tous ceux, en un mot, que le légitimaire ne pourroit pas recueillir *ab inteſtat.*

Quand nous diſons d'un côté qu'il faut faire entrer dans la maſſe tous les biens qui ſont ſoumis à la Légitime, quand même ils ne le ſeroient que *ſubſidiairement*, & de l'autre, qu'il ne faut en rejeter que ceux qui ne doivent ni contribuer ni ſouffrir le retranchement *en aucun cas*, nous ne parlons que de la Légitime ordinaire, & non de celle *de grâce*; car quoique le droit d'aîneſſe & les biens ſubſtitués ſoient ſujets à la Légitime, quand le défunt n'a pas laiſſé d'autres biens, cependant, comme cette Légitime eſt purement de grâce, & qu'elle a été introduite contre les principes généraux de la matière, ce n'eſt que dans les cas où elle a lieu que le droit d'aîneſſe & les biens ſubſtitués doivent entrer en maſſe, & ils n'y entrent pas dans toute autre circonſtance, c'eſt-à-dire, toutes les fois qu'il ſe trouve d'autres biens dans la ſucceſſion.

Quelque conſtante que ſoit la règle de faire entrer en maſſe tous les biens ſujets à la Légitime, il a été rendu aſſez récemment un arrêt qui l'a enfreinte d'une manière ſenſible, mais qui heureuſement eſt demeuré ſans effet; en voici l'eſpèce.

Les ſieur & dame de Monmonier, domiciliés en Flandre, firent un teſtament mutuel le 15 août 1730. Ils avoient deux enfans, un fils & une fille; ils partagèrent leurs biens entre l'un & l'autre, & les grevèrent de ſubſtitution en faveur de leurs héritiers reſpectifs: en 1746, le ſieur de Monmonier fils demanda que ſa Légitime fût diſtraite de la maſſe des biens ſubſtitués ſur ſa tête: les échevins de Lille, devant qui la cauſe

fût portée, ordonnèrent par une première sentence l'estimation de la totalité des deux successions, paternelle & maternelle; & après des opérations aussi longues qu'exactes, il intervint le 24 novembre 1755 une sentence définitive, qui, réduisant la substitution à 18350 florins, & lui donnant pour siége le fief de Parye, abandonna au sieur de Monmonier tous les autres biens pour son droit de Légitime.

Le fils aîné du sieur de Monmonier a réclamé contre ces sentences, & s'en est rendu appelant au parlement de Flandre, non pour prétendre qu'il ne fût pas dû une Légitime à son père, mais pour la faire diminuer : il a soutenu que cette Légitime devoit être réduite à une quote des biens assignés au grevé par le testament de 1730; ce testament, disoit-il, a fixé la portion que mon père avoit à recueillir; cette portion testamentaire lui tenoit lieu de celle qu'il auroit eue *ab intestat*; ce n'étoit donc que relativement à cet assignat que sa Légitime devoit être établie.

Ce système étoit sans doute en opposition avec les principes les plus incontestables : car enfin on n'a jamais pris pour règle de la Légitime les dispositions de ceux qui doivent la laisser, puisqu'au contraire la loi veut que l'on ne puisse altérer par aucune sorte de disposition cette portion sacrée qu'elle a établie elle-même & qu'elle seule gouverne par son autorité. La loi a précisément institué la Légitime comme un frein & un remède aux testamens & donations inofficieuses que pourroient faire les pères; elle a mis pour cet effet une partie des biens en réserve, & cette partie ne peut assurément avoir son rapport qu'avec le tout dont elle est un démembre-

ment : c'eſt ſur la ſubſtance totale du patrimoine qu'elle doit être meſurée.

Telles étoient en ſubſtance les raiſons que le ſieur de Monmonier père oppoſoit à l'appel de ſon fils ; mais, & cela eſt ſurprenant, le parlement de Flandre les a rejetées ; ſon arrêt du 3 août 1762 a déclaré le tiers ſeulement de l'aſſignat fait au ſieur de Monmonier libre dans ſa perſonne, & a ordonné que le ſurplus de cet aſſignat ſeroit ſoumis à la ſubſtitution.

Le ſieur de Monmonier s'eſt pourvu au conſeil ; là, par un premier arrêt du 7 février 1763, il a été ordonné que M. le procureur général du parlement de Flandres enverroit les motifs ; & ſur les motifs envoyés, il eſt intervenu un ſecond arrêt du 3 août de la même année, qui a caſſé celui du parlement de Flandres, & a renvoyé la conteſtation au grand conſeil. Alors le fils aîné du ſieur de Monmonier a ouvert les yeux à la lumière, il a ſouſcrit à des condamnations juſtes & inévitables : en conſéquence, un arrêt du grand conſeil du 8 août 1764, rendu ſur les concluſions du miniſtère public, a confirmé toutes les ſentences du magiſtrat de Lille, avec amende & dépens. Par un autre arrêt du 31 octobre ſuivant, le précédent a été déclaré commun avec la demoiſelle de Monmonier, fille du premier lit du grevé, & avec le tuteur de l'enfant d'un ſecond mariage.

On demande ſi l'on doit faire entrer en maſſe les biens qui n'appartenoient pas au défunt, mais qu'il a poſſédés avec toutes les conditions requiſes pour en commencer la preſcription. M. Rouſſilhe décide pour la négative : l'héritier, dit-il, achevera de preſcrire ces biens, en conſéquence de

la poſſeſſion du père jointe avec la ſienne, & les légitimaires n'y pourront rien prétendre. Cette réſolution nous paroît deſtituée de tout fondement ; & pluſieurs raiſons ſe réuniſſent pour la détruire : 1°. l'héritier ne pourroit ſouſtraire ces biens à la maſſe ſur laquelle la Légitime doit être priſe, qu'en prouvant qu'ils n'étoient pas dans la propriété du défunt : or, il n'eſt point recevable à faire une pareille preuve, parce que *nemo poteſt referre quæſtionem dominii ei à quo jus habet.* 2°. La poſſeſſion du défunt eſt un droit qu'il a tranſmis à ſes héritiers, & dont le légitimaire auroit inconteſtablement profité s'il avoit ſuccédé *ab inteſtat :* or, la Légitime eſt une portion de ce que l'on auroit eu, ſi la ſucceſſion n'eût été entamée ni par des donations entre vifs, ni par des diſpoſitions de dernière volonté. 3°. Lorſque l'on a acquis un bien par preſcription, l'acquiſition ne date pas ſeulement du jour que la preſcription a été remplie, mais du jour que la poſſeſſion a commencé. C'eſt ce que prouvent deux textes très-précis : le premier eſt la loi 13, D. *de donationibus causâ mortis ;* elle porte, que le donateur à cauſe de mort d'une choſe qui ne lui appartient pas, peut, après que le donataire en a preſcrit la propriété, la revendiquer ſur lui en révoquant ſa donation. Le ſecond eſt la loi 16, D. *de fundo dotali* ; elle déclare que la preſcription d'un fonds dotal qui a été commencée par un tiers avant le mariage, peut être achevée ſur le mari ; ce qui n'auroit pas lieu ſi l'acquiſition que l'on fait par cette voie ne remontoit pas toujours fictivement au premier moment de la poſſeſſion, car autrement

le mari ne pouvant pas aliéner, ne pourroit pas non plus laiſſer preſcrire : la loi 28, D. *de verborum ſignificatione*, eſt formelle ſur ce point. 4°. Deux exemples très-ſimples ſuffiroient pour réfuter l'opinion de M. Rouſſilhe : d'abord il eſt conſtant que l'héritage dont la preſcription a été commencée par un défunt, n'eſt pas acquêt, mais propre à l'héritier qui l'a poſſédé tout le reſte du temps requis pour ſe mettre à l'abri d'une éviction : en ſecond lieu, il n'eſt pas moins certain qu'un tel héritage, acquis avant le mariage, n'entre pas en communauté, quoique la preſcription n'ait été complétée qu'après. Ce n'eſt donc pas la fin, mais le commencement de la poſſeſſion qu'il faut conſidérer en cette matière, &, par une conſéquence invincible, ce n'eſt pas l'héritier, mais le défunt qui eſt cenſé dans notre eſpèce avoir acquis la propriété des biens dont il s'agit : *A primordio tituli ſemper poſterior formatur eventus.*

Lorſqu'il ſe trouve dans la ſucceſſion un domaine d'où dépendent des communaux deſtinés au pâturage des beſtiaux que l'on y élève, ces communaux doivent-ils entrer dans la ſupputation de la Légitime, à raiſon de la part que forme le domaine dont nous parlons, dans le total des biens auxquels il eſt aſſervi ?

Le légitimaire peut dire pour l'affirmative, que le profit des communaux augmente la valeur du domaine ; que l'on en uſe comme ſi l'on en étoit propriétaire ; que d'ailleurs ces ſortes de biens appartenant à tous les habitans d'un village, & chacun y ayant un droit quelconque, tous les ſucceſſeurs du défunt doivent diviſer entre eux la portion qu'il en avoit.

L'héritier, au contraire, peut répondre, que l'on ne peut pas mettre les communaux, en tout ni en partie, au rang des biens du père, puisqu'il n'en avoit qu'une simple jouissance attachée à sa qualité d'habitant; que la supputation de la Légitime ne doit être faite que sur les biens proprement dits, que par conséquent elle ne doit pas comprendre les communaux.

Il y a un troisième avis proposé par M. Roussilhe, & qui paroît très-juste : Je penserois, dit cet auteur, » lorsqu'il y a des communaux, de » ne les pas faire entrer en estimation; mais » comme au moyen des communaux l'on re» tire un plus grand produit des biens, de faire » l'estimation plus haute, eu égard au pro» duit qu'on peut faire de plus à cause des » communaux; au moyen de quoi l'intérêt du » légitimaire & celui de l'héritier se trouvent » conservés «.

Ceci nous conduit naturellement à l'examen des règles propres à l'estimation des biens qui entrent dans la masse sur laquelle doit se prendre la Légitime.

Le premier pas à faire dans cette opération, est de déduire les dettes, les frais funéraires & les autres charges naturelles des biens. C'est la disposition expresse de la loi 8, §. 9, D. *de inofficioso*, & de l'article 298 de la coutume de Paris. Il faut même comprendre dans cette déduction tout ce que devoit le défunt à ceux contre qui les légitimaires se pourvoient, sans que l'on puisse prétendre à cet égard que leur créance est éteinte par la confusion. C'est ce qu'établissent nettement pour la falcidie la loi

15, §. 3, D. (*) & la loi 6, C. (**) *ad legem falcidiam*, & leur décision s'applique naturellement à la Légitime.

C'est une question si la déduction des dettes doit être faite réellement ou fictivement, c'est-à-dire, si le légitimaire est en droit de dire à l'héritier, faites & retenez un fonds pour le montant des dettes, & payez-moi ma Légitime sur ce qui restera franc & net; ou si l'héritier est fondé à soutenir que le légitimaire devra recevoir sa portion chargée de sa quote-part des dettes: le Brun paroît de ce dernier avis; mais le premier est plus conforme à la lettre de la loi 8, §. 9, D. *de inofficioso*, adoptée par l'article 298 de la coutume de Paris; & certainement on ne doit pas s'écarter du texte d'une loi pour favoriser un héritier au préjudice d'un légitimaire. Aussi M. Serres dit-il » que les légitimaires ne sont pas tenus des dettes passives de » l'hérédité, parce que la Légitime n'est prise » que sur ce qui reste du patrimoine après que » les dettes en ont été déduites, & que l'héritier retenant la valeur du montant des dettes, » il ne peut par conséquent se dispenser d'en faire » le payement «.

M. Roussilhe embrasse également le parti du légitimaire: » En le réduisant à la Légitime,

(*) Quod avus ex causâ tutelæ nepoti debuit, cùm avo nepos solus heres extitisset, ratio falcidiæ si poneretur, in ære alieno bonis deducendum respondi.

(**) In imponendâ ratione legis falcidiæ, omne æs alienum deducitur, etiam quod ipsi heredi mortis tempore debitum fuerit, quamvis aditione hereditatis confusæ sint actiones.

» on lui ôte plus de la moitié des biens que la » loi lui déféroit, les prérogatives & honneurs » auxquels il avoit droit d'attendre ; on ne lui » laisse que ce que la loi lui donne, qui est la » Légitime qui mérite toutes les faveurs ; ainsi » il ne doit pas entrer dans l'embarras de payer » une partie des dettes du moment qu'on lui a » ôté tout ce dont on avoit pouvoir de dis- » poser.

» Notre sentiment, continue cet auteur, est » autorisé de la décision d'un arrêt du parlement » de Toulouse du 26 juin 1691, rapporté au » journal de M. de Suin, par lequel arrêt un rap- » port d'experts fait entre un légitimaire & l'hé- » ritier, fut homologué, quoique les experts » eussent expédié du fonds à l'héritier pour les » dettes qu'il avoit payées, & ensuite au légiti- » maire sur le surplus. L'héritier prétendoit que » le légitimaire devoit lui rembourser en argent » sa portion des dettes ; mais par l'arrêt cité » l'on n'y eut aucun égard, & le rapport fut » confirmé «.

Il a même été jugé par un arrêt du sénat de Chambéry du 25 août 1588, rapporté dans le code de M. Favre, que le légitimaire n'est point fondé à exiger que sa portion lui soit fournie sans déduction des dettes & à la charge d'en payer lui-même sa quote-part.

Dans la coutume de Normandie, la déduction dont il s'agit ne comprend que les dettes contractées avant le mariage qui a donné l'être aux enfans légitimaires ; encore distingue-t-on à cet égard les dettes mobilières d'avec les immobilières : celles-ci se déduisent sur toute la masse des biens ; mais celles-là n'affectent point le tiers-

coutumier, parce que cette espèce de Légitime n'a point lieu sur les meubles, comme on l'a vu plus haut.

Il y a cependant une différence entre les dettes immobilières créées après le mariage, & les dettes mobilières créées auparavant. Le tiers-coutumier est toujours affranchi des premières, mais il supporte les secondes en cas d'insuffisance des autres biens, comme l'ont jugé deux arrêts du parlement de Rouen rapportés par Basnage; l'un sans date, l'autre du 11 mars 1664. La raison de cette différence n'est pas difficile à trouver. Dès qu'un homme est marié, il ne peut plus diminuer par des aliénations à titre onereux, ni conséquemment par des dettes, le tiers que la coutume donne à ses enfans sur tous les biens dont il étoit saisi au moment de son mariage. Avant ce temps, au contraire, il a les mains libres, & si les dettes mobilières qu'il contracte alors affectent principalement son mobilier, elles ne laissent pas d'être exigibles subsidiairement sur ses immeubles.

Dans le droit commun, comme dans la coutume de Normandie, les biens qui entrent en masse pour régler la Légitime doivent être estimés suivant leur valeur tant intrinsèque qu'extrinsèque. Ainsi l'estimation d'une maison située dans une ville de commerce doit être portée plus haut que celle d'une maison qui se trouveroit dans un endroit désert, quoique l'une & l'autre fussent bâties dans le même goût, des mêmes matériaux & avec la même solidité. On trouvera ci-après un arrêt du parlement d'Aix, du 28 juin 1658, qui a ordonné, d'après ce principe, d'avoir égard, en estimant un hôtel, aux

embelliſſemens que la ville d'Arles avoit fait faire depuis peu dans le quartier où il étoit ſitué.

Un fonds chargé d'une ſervitude ou d'une preſtation quelconque ne doit pas être eſtimé comme s'il étoit libre, parce que la charge à laquelle il eſt ſoumis en diminue la valeur intrinſeque. L'arrêt que nous venons de citer a jugé ſur ce fondement, qu'une *pièce de terre, dite de l'Argelas, ſituée en Cran* (ſur laquelle la dame de Rochefort demandoit ſa Légitime), *ſeroit eſtimée comme terre arroſable, déduction faite de la taxe que ladite terre doit pour raiſon dudit arroſage.*

La Légitime étant due ſur les biens meubles comme ſur les immeubles, il eſt clair que ſi le défunt a amélioré un héritage par des dépenſes qui ont diminué ſon hérédité mobilière, on n'en doit pas moins, à ſa mort, eſtimer l'héritage dans l'état où il l'a laiſſé, parce que ſi les améliorations groſſiſſent la maſſe des immeubles, elles diminuent celle des meubles, & que par conſéquent le légitimaire ne fait que reprendre ſur l'une ce qu'on lui a ôté ſur l'autre.

Cette déciſion eſt même ſuivie dans la coutume de Normandie, qui cependant ne donne point de Légitime aux enfans ſur les meubles de leurs père & mère : c'eſt ce que nous apprend un arrêt du 10 janvier 1652, dont Baſnage rapporte ainſi l'eſpèce : » Fourneaux ayant » été décrété, ſes enfans s'oppoſèrent pour leur » tiers ; le père avoit fait pluſieurs bâtimens » qui en augmentoient la valeur ; cela donna » occaſion aux créanciers de ſoutenir que les » enfans, en prenant leur tiers, devoient dé» duire le prix des bâtimens faits par leur père

» depuis ſon mariage ; qu'autrement ils profite-
» roient du bien des créanciers, leur père ayant
» employé l'argent de ceux-ci pour augmenter
» leur tiers. Les enfans répondoient, que leur
» tiers leur étant adjugé ſelon la valeur des
» héritages de leur père au temps de ſa mort,
» il ne falloit point conſidérer l'état où ils étoient
» lors de ſon mariage ; que s'il eſt permis au
» mari de faire avantage à ſa femme en bâtiſſant
» ſur ſon fonds, quoiqu'il ſoit défendu ſi étroi-
» tement au mari de donner à ſa femme, on
» ne doit pas priver les enfans de ce petit bé-
» néfice, puiſqu'ils ſont réduits au tiers des
» biens de leur père. Par l'arrêt, les enfans
» furent déchargés de la demande des créanciers «.
On peut appuyer cette déciſion de toutes les raiſons qu'apportent Dufreſne, Renuſſon, Dupleſſis & quelques autres auteurs, pour établir que les augmentations faites par le mari ſur un bien ſujet au douaire, doivent tourner au profit de la femme & des enfans douairiers.

La règle des contraires paroît exiger que les dégradations commiſes par le défunt dans ſes héritages ne ſoient point compriſes dans la maſſe ſur laquelle doit être faite la ſupputation de la Légitime ; c'eſt en effet une conſéquence de la règle qui exempte de l'aſſujettiſſement à cette portion, les choſes dont le défunt a diſpoſé à tout autre titre que de libéralité, & il n'y a là-deſſus aucune ſorte de difficulté dans le droit commun.

Mais les principes de la coutume de Normandie ſont tout différens ; comme cette loi ſoumet les diſpoſitions même onéreuſes au tiers-coutumier, on juge, d'après ſon eſprit, que les enfans légitimaires

légitimaires peuvent exercer leur action sur la valeur des dégradations faites par leur père, & notamment des bois de haute-futaye qu'il a vendus. Basnage rapporte quatre arrêts qui l'ont ainsi jugé; l'un sans date, rendu au parlement de Paris sur une contestation évoquée de Rouen; le second du 1 août 1634; le troisième, du 2 août 1646; le quatrième, du 11 août 1659: ce dernier fait une distinction entre les bois de haute-futaye que le père a vendus, & ceux qu'il a consumés pour son usage; il comprend les premiers dans la supputation, & il en rejette les seconds.

Cette hypothèse à part, quel temps faut-il considérer pour l'estimation des biens que l'on fait entrer en masse? La chose est sans difficulté quand les biens se trouvent dans la succession; car il est évident qu'en ce cas ils doivent être estimés sur le pied de leur valeur au temps du décès, sauf la question que nous traiterons dans un instant, de savoir si les augmentations & les diminutions qu'ils peuvent éprouver après cette époque, doivent augmenter ou diminuer la Légitime: c'est ce qui résulte clairement de la loi 6, au code, *de inofficioso*, conçue en ces termes: *Cùm quæritur an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem* MORTIS TEMPORE *testator reliquit, inspicitur.*

Mais en est-il de même des biens que le défunt a donnés, en considérant les choses dans l'ordre du droit commun, & de ceux qu'il a aliénés à titre onéreux, en rapportant la question à la coutume de Normandie? Faut-il en ce cas régler l'estimation sur le temps de la donation & de l'aliénation, ou sur celui de la mort du défunt? Basnage répond, » que puisque le

» droit (de la Légitime ou) du tiers coutumier » n'eſt pleinement acquis aux enfans que par la » mort de leur père, on ne peut en fixer le prix » & l'eſtimation qu'au temps de ſon décès ; car » auparavant le père a pu (donner ou) vendre, » & les aliénations ne ſont révoquées qu'en cas » qu'il ne laiſſe pas aſſez de biens pour fournir » (la Légitime ou) le tiers «. Le parlement de Rouen l'a ainſi jugé par arrêts des 30 juillet 1638, 14 avril 1644, 18 juin 1663, & 29 janvier 1685; il en a même fait un règlement précis par l'article 90 des placités de 1666.

SECONDE QUESTION. *Les augmentations ou diminutions ſurvenues aux biens depuis la mort du défunt, augmentent ou diminuent-elles la Légitime ?*

Cette queſtion eſt une des plus compliquées qu'il y ait ſur toute la matière de la Légitime: pour la ſimplifier, il faut diſcuter ſéparément chacune des eſpèces dans leſquelles elle peut ſe préſenter.

Les augmentations dont il s'agit peuvent ſurvenir après le payement de la Légitime, ou dans l'intervalle de la mort du défunt, à ce payement.

Dans le premier cas, ſi elles tombent ſur les biens qui ont été aſſignés au légitimaire, elles ne profitent ou ne nuiſent qu'à lui : & ſi elles tombent ſur les biens qui ſont demeurés entre les mains des héritiers ou donataires, c'eſt à ces derniers ſeuls qu'en appartient l'avantage ou la perte.

Le motif de cette déciſion eſt auſſi juſte que lumineux. La Légitime étant une quote des biens,

le légitimaire pourroit à la rigueur la prendre sur chacun des effets qui y sont sujets : mais comme une opération de cette espèce morcelleroit les biens à l'infini, on lui assigne un ou plusieurs fonds séparés qui représentent toutes les portioncules dont son lot auroit dû être composé. Par-là il est censé échanger (*) & même vendre (**) la part indivise qu'il a dans les choses tombées au lot de l'héritier, pour celle que l'héritier a dans les choses assignées en payement de la Légitime. Or les accroissemens ou les dimiuutions qu'éprouve un bien acquis par échange ou par achat, postérieurement à l'acte d'acquisition, sont toujours au compte particulier de l'échangiste ou de l'acheteur ; il y a même dans le digeste un texte qui décide très-positivement qu'après le partage d'une hérédité, chaque portionnaire ressent tout le profit, comme toute la perte qui arrive aux biens compris dans son lot : ce texte est la loi 77, §. 18, *de legatis* 2°. (***), & il s'applique de lui-même à l'espèce dont il est ici question.

A l'égard des augmentations ou diminutions qui surviennnent aux biens dans l'intervalle de la mort du défunt au payement de la Légitime, il

(*) La loi 77, §. 18. D. *de legatis* 2°, appelle le partage *permutatio rerum discernens communionem.*

(**) Divisionem prædiorum, vicem emptionis obtinere placuit. L. 1, C. *communia utriusque judicii tàm familiæ erciscundæ quàm communi dividundo.*

(***) *Voici les termes de cette loi :*

Hereditatem post mortem suam rogati restituere, nominum periculo quæ per divisionem obtigerunt, inter coheredes interpositis delegationibus, non adstringuntur ; non magis quàm prædiorum, cùm permutatio rerum discernens communionem interveniet.

faut, pour savoir si elles profitent ou nuisent au légitimaire, distinguer celles qui proviennent du fait de l'héritier, de celles auxquelles il n'a point de part.

Les augmentations & les diminutions de la première espèce ne profitent ni ne nuisent au légitimaire. Ainsi les effets périssables qui se trouvoient dans la succession au moment de son ouverture, & que l'héritier a négligé de vendre quand il le falloit, doivent entrer en masse pour la supputation de la Légitime, comme s'ils existoient encore, parce que la faute de l'héritier qui en a occasionné la perte, ne peut point préjudicier aux droits des légitimaires. *Alteri per alterum non debet iniqua conditio inferri.*

Par la même raison, les améliorations & les réparations que l'héritier a faites aux biens ne doivent pas être plus considérées pour l'augmentation de la Légitime, que si elles n'avoient pas eu lieu avant le partage. C'est ce qui a été jugé par un arrêt célèbre rendu au parlement de Provence le 28 juin 1658 : *A ordonné & ordonne*, porte-t-il, *que la maison de ladite d'Oraison, située dans Arles, paroisse Saint-Martin, sera estimée en l'état où elle étoit lors de la mort de ladite d'Oraison, sans y comprendre les réparations & augmens provenant d'icelles ..... A débouté ladite ... de la demande de six cesterées d'augment arrivé à la terre appelée des Segonnaux, & procédant du billet fait par les acquéreurs.*

Il résulte du même principe, que si l'héritier a vendu quelques biens, ce n'est point au prix de ses ventes, mais à la valeur réelle des choses vendues qu'il faut faire attention pour régler la portion des légitimaires; le parlement de Provence

l'a ainſi décidé par un arrêt que Dupertier rapporte en ces termes : » Légitime ſe prend ſur » la valeur du bien, & non ſur le prix des ventes » de l'héritier, par arrêt au rapport de M. de » Sigoyer le 2 mars 1638, pour le ſieur de la » Baume de Suſe, baron de Rochefort, contre » le ſieur de Grolée de Mevoillon, marquis de » Breſſieux «. L'additionnaire de cet auteur appuie cette déciſion ſur une loi Romaine qui n'a pas le moindre rapport avec l'eſpèce dont il s'agit ; mais ce qu'il ajoute eſt plus exact : » La maxime » eſt certaine, les augmens ou détrimens qui » procèdent de l'induſtrie ou de la faute de » l'héritier, ne peuvent profiter ni nuire au lé- » gitimaire «.

Reſte donc à ſavoir ſi les augmentations & les diminutions qui ſurviennent aux biens, ſans le fait de l'héritier, doivent entrer en conſidération pour augmenter ou diminuer la Légitime. Il faut d'abord examiner cette queſtion par rapport aux augmentations, nous la diſcuterons enſuite relativement aux diminutions.

La valeur d'un bien peut augmenter de deux manières ſans que l'héritier y contribue, ou par l'accroiſſement du prix, ce qu'on appelle une augmentation interne, ou par un changement qui ſurvient dans le bien même, ce que l'on qualifie d'augmentation extrinſèque.

La queſtion de ſavoir ſi l'augmentation interne doit entrer en maſſe pour fixer la Légitime ne ſouffre pas grande difficulté. Il y a à la vérité quelques auteurs qui ont ſoutenu la négative ; tels ſont Balde, les deux Currius, Riminald, & M. le préſident Favre ; mais leur opinion, quoiqu'appuyée ſur un arrêt du ſénat de Cham-

bétry du mois d'août 1588, ne laisse pas d'être généralement rejetée, & en effet elle est insoutenable. C'est un principe hors de doute, que l'augmentation du prix intrinsèque d'un bien doit toujours tourner au profit de celui à qui appartient le bien : or la Légitime est dévolue au légitimaire dès le moment du décès de la personne qui doit la lui laisser, elle n'admet même ni délai, ni condition, ni charge ; c'est donc au légitimaire que doit appartenir le profit qui résulte de l'augmentation du prix intrinsèque des choses sujettes à ce droit.

Ce que nous disons de l'augmentation du prix à l'égard des immeubles, il faut pareillement le dire du haussement des monnoies, relativement aux sommes d'argent. Duperrier, en ses questions notables de droit, livre 4, question 31, demande si » lorsque dans les biens que le père a laissés il » y a des capitaux de pension perpétuelle qui » soient ensuite augmentés par l'augment des mon- » noies, cet augment doit être pris par les légi- » timaires à proportion de leurs Légitimes «.

Voici ce qu'il répond : » C'est une maxime » constante & indubitable tant en droit qu'en » pratique, que les légitimaires participent à » l'augment que les docteurs appellent intrinsèque, » c'est-à-dire, à celui qui vient de la nature du » bien & du bénéfice du temps, & non pas du » fait ou de l'industrie de l'héritier..... Il s'agit » ici d'un augment intrinsèque & qui procède du » seul bénéfice du temps, qui a augmenté la » valeur des monnoies, sans que l'héritier y ait » rien contribué de son industrie & de son fait.... » & par conséquent, cet augment doit être con- » sidéré au capital de la pension, tout ainsi qu'on

» le considéreroit si c'étoit un fonds de terre qui » eût augmenté de valeur par le bénéfice du » temps «.

On trouve dans cette décision le motif & l'explication d'un point de jurisprudence particulier au parlement d'Aix : il est d'un usage constant en cette cour d'ordonner deux estimations des biens sujets à la Légitime ; l'une que l'on appelle de *tunc*, & qui a pour objet la valeur de ces biens au temps de la mort du défunt ; l'autre appelée de *nunc*, & purement relative au temps de la délivrance de cette portion. La raison de cet usage est tirée d'un statut de Provence, qui donne à l'héritier le choix de payer la Légitime en fonds ou en argent : car s'il paye en fonds, on s'arrête à la première estimation ; & s'il paye en argent, c'est la seconde que l'on considère. » Par les arrêts » de la cour, dit Duperrier, il est passé en maxime » dans ce pays, que les Légitimaires participent » à l'augmentation arrivée par le seul bénéfice du » temps..... Et c'est pour ce sujet qu'il sera » fait deux estimations, l'une du temps passé, & » l'autre du temps présent, afin que le légitimaire, » en cas de payement en argent, participe à cette » augmentation due à la seule nature & qualité » du bien & au bénéfice du temps, qui augmente » ou diminue toujours le prix & valeur de toutes » choses, selon la diversité des occasions «.

La faculté que les statuts provençaux accordent à l'héritier de payer la Légitime en argent, l'article 403 de la coutume de Normandie la donne pareillement aux acquéreurs des biens soumis au tiers coutumier : mais le parlement de Rouen s'est fait là-dessus une jurisprudence toute différente de celle du parlement d'Aix : il juge que l'augmen-

tation ou la diminution intrinsèque qui arrive dans l'intervalle de la mort du père au payement, profite ou nuit entièrement aux acquéreurs ; & lorsque ceux-ci retardent par leurs contestations la liquidation & la délivrance de la Légitime, il donne aux enfans le choix de faire estimer les biens, eu égard au temps du décès de leur père, ou à celui de la condamnation qu'ils ont obtenue. C'est ce qu'ont décidé plusieurs arrêts cités par Basnage ; & c'est ce que porte expressément l'article 90 du réglement de 1666, conçu en ces termes : » L'estimation que l'acquéreur peut payer » au lieu du tiers en essence, sera faite eu égard » au temps du décès du père ; & au cas que l'ac» quéreur en ait tenu procès, il sera au choix des » enfans de prendre ladite estimation eu égard au » temps du décès ou de la condamnation qu'ils » auront obtenue «.

Mais l'augmentation extrinsèque, c'est-à-dire, qui a sa cause dans un changement arrivé aux biens, doit-elle entrer en masse & faire fonds pour le réglement de la Légitime ? C'est la question qui partage le plus les opinions des auteurs. Paul de Castres, Alexandre, Curtius l'aîné, Peregrini, Barry, Fernand, Fachini, Merlini, M. Boyer & Duperrier soutiennent vivement la négative, & ils la fondent sur la loi 44, §. dernier, au digeste *de bonis libertorum*. Ce texte est en effet très-précis : Si, disent-ils, un affranchi a laissé à son patron, soit en le nommant héritier, soit en le faisant légataire, la juste valeur de sa Légitime, eu égard aux biens qu'il avoit au moment de sa mort, *si ex bonis quæ mortis tempore fuerunt debitam partem dedit libertus, in hereditate vel legato* ; & qu'après son décès il arrive une

augmentation dans son patrimoine, par le retour d'un de ses esclaves qui avoit été fait prisonnier de guerre pendant sa vie, *servus tamen post mortem liberti reversus ab hostibus augeat patrimonium*, le patron ne peut pas se plaindre de n'avoir pas dans cet esclave la part qu'il y auroit eue s'il eût été institué héritier de sa Légitime, *non potest patronus propterea queri quòd minùs habeat in servo quàm haberet si ex debitâ portione esset institutus.* Il faut dire la même chose de l'augmentation qui arriveroit à un fonds héréditaire par le bénéfice d'une alluvion, parce que l'affranchi a rempli son devoir envers le patron, en lui laissant sa juste portion des biens dans l'état où ils se trouvoient au moment de sa mort, *idem est & in alluvione cùm satisfactum sit ex his bonis quæ mortis tempore fuerunt.* Et cette décision s'applique aussi à l'accroissement d'hérédité ou de legs, qui a lieu en faveur de l'affranchi décédé, par l'abstension de ses cohéritiers ou colégataires, *idem est si pars legati liberto relicti ab eo cui simul datum erat, vel hereditati nunc, illis abstinentibus accrescat.* Ce texte paroît avoir servi de motif à un arrêt du parlement de Toulouse, du 28 juin 1577, rapporté par M. Maynard, livre 5, chapitre 30, & à une décision de la rote de Rome, citée par Merlini, *de Legitima*, livre 5, titre 3, question 7.

L'opinion contraire a pour défenseurs Zoezius, Despeysses, Voet, Duplessis, Ricard, le Brun, la Peyrere, Ferriere, M. le président Espiard, &c. On l'appuie communément sur la loi 43, D. *ad legem falcidiam*, dont voici les termes : » Si » les esclaves du testateur, qui avoient été pris de » son vivant par les ennemis, reviennent après sa » mort, *servi qui apud hostes sunt post mortem*

» *teſtatoris reverſi*, l'augmentation que leur retour » produit dans les biens de l'hérédité entre en con» ſidération pour la quarte falcidie, *quod ad fal*» *cidiam pertinet, locupletiorem faciunt heredi*» *tatem* «.

Voilà deux textes qui, au premier abord, ſemblent ſe contredire ; cependant on peut les concilier & même faire voir qu'ils ne doivent ni l'un ni l'autre influer ſur la queſtion propoſée.

Cujas, en ſon commentaire ſur le livre 5 des queſtions de Paul, explique ainſi l'eſpèce du premier. Il remarque d'abord ſur ces paroles, *debitam partem dedit libertus in hereditate vel legato*, qu'il étoit indifférent que la Légitime du patron lui fût laiſſée à titre d'inſtitution ou de legs ; que néanmoins la loi parle d'un patron qui n'avoit été appelé à ſa Légitime qu'avec la qualité de légataire, & que cela réſulte néceſſairement des termes ſuivans : *Non poteſt patronus propterea queri quòd minùs habeat in ſervo quàm haberet ſi ex debitâ portione eſſet inſtitutus.* Cujas tire de là cette conſéquence, que ſi le patron eût été inſtitué dans ſa Légitime, il auroit profité des augmentations ſurvenues après la mort du défunt par le retour des eſclaves, par l'alluvion & par le droit d'accroiſſement. Mais parce qu'il n'eſt que légataire, ajoute ce juriſconſulte, il ne gagne rien à ces évènemens avantageux ; tout ce qui accroît aux biens héréditaires appartient à l'héritier, le légataire n'y a pas la moindre choſe à prétendre.

Il paroît en effet que cette loi met une différence réelle & effective entre l'inſtitution & le legs par rapport à la Légitime du patron : mais cette différence n'eſt point fondée, quoi qu'en diſe Cujas, ſur le principe que les héritiers pro-

fitent toujours, à l'exclusion des légataires, des augmentations qu'éprouvent les biens après la mort du testateur; car ce principe est évidemment faux; & la loi 16, D. *de legatis* 3°. le détruit de fond en comble, en adjugeant au légataire l'alluvion & l'attérissement qui ont augmenté la chose léguée dans l'intervalle de la mort du défunt à la délivrance (*). Il faut donc que la loi 44, *de bonis libertorum*, ait un motif particulier, & le voici. Dans l'ancien droit, on ne connoissoit pas l'action en supplément de Légitime; quand le testateur ne laissoit pas la Légitime entière à ceux qui en avoient le droit, son testament étoit nul pour le tout, & on le faisoit déclarer tel, soit par la querelle d'inofficiosité, soit par la demande en possession des biens *contra tabulas*. Ainsi dans l'espèce de la loi dont il s'agit, on ne pouvoit donner au patron légataire une part aux augmentations survenues après la mort de l'affranchi, sans juger que celui-ci ne lui avoit pas laissé sa Légitime entière, & par conséquent sans soumettre le testament à la demande en possession des biens *contra tabulas*. Ce n'est donc que pour éviter cet inconvénient, & par la seule faveur des dernières volontés, que la loi ordonne de considérer les biens dans l'état où ils se trouvoient au moment du décès.

En vain diroit-on avec Duperrier, que ce texte ne fonde pas sa décision sur ce motif : le con-

(*) *Cette loi est ainsi conçue :*

Sæpè legatum pleniùs restituitur fideicommissario quàm esset relictum : veluti si alluvione ager auctus esset, vel etiam insulæ natæ.

traire eſt prouvé par ces mots, *cùm ſatisfactum eſt ex his bonis quæ mortis tempore fuerunt* : c'eſt comme ſi la loi diſoit, la demande en poſſeſſion des biens *contra tabulas* ne peut avoir lieu de la part du patron, que lorſque le défunt n'a point rempli à ſon égard le devoir que lui preſcrivoit ſa qualité d'affranchi, c'eſt-à-dire, lorſqu'il ne lui a point laiſſé ſa Légitime entière. Mais lorſqu'il s'eſt acquitté envers ſon bienfaiteur, *cùm ſatisfactum eſt*, lorſqu'il lui a légué expreſſément toute la portion qu'il lui devoit, eu égard aux biens qu'il laiſſoit en mourant, *ex bonis quæ mortis tempore fuerunt*, la loi eſt ſatisfaite, ſon devoir eſt rempli, & les augmentations qui ſurviennent dans la ſuite ne doivent point faire juger qu'il manque quelque choſe dans ce qu'il a laiſſé au patron pour Légitime, parce que ce ſeroit ſoumettre ſon teſtament à la caſſation, & conſéquemment le punir comme ingrat & inofficieux, tandis que ſon intention a été droite & conforme au vœu du légiſlateur.

Une autre objection de Duperrier eſt que ſi la loi dont il s'agit étoit fondée ſur le motif que nous venons d'expoſer, Tribonien ne l'auroit pas inſérée dans le digeſte, puiſque ce recueil a été publié poſtérieurement à la loi 30, C. *de inofficioſo teſtamento*, qui a introduit la demande en ſupplément de Légitime (*).

Mais qui eſt-ce qui ignore que les compilateurs du digeſte y ont laiſſé ſubſiſter une infinité de traces du droit ancien? On en a déjà vu des

(*) Cette loi eſt de 528, & la promulgation du digeſte n'a été faite qu'en 533.

preuves à l'article LÉGATAIRE ; & la loi 3, §. 6 & 8, D. *de inofficioso*, en renferme une nouvelle par rapport à l'objet même qui nous occupe.

Il faut donc regarder la déciſion de la loi 44, D. *de bonis libertorum*, comme particulière à l'eſpèce ſur laquelle elle porte, & par conſéquent comme étrangère à la queſtion que nous avons à réſoudre.

Il y a même des auteurs qui en tirent un argument contraire au ſyſtême de Duperrier. Puiſque cette loi, diſent-ils, donne au patron inſtitué dans ſa Légitime une quote des augmentations produites, après la mort de l'affranchi, par le retour d'un eſclave, par une alluvion, ou par un droit d'accroiſſement, ne doit-on pas regarder cette diſpoſition comme générale, depuis que la novelle 115 a établi la néceſſité de laiſſer toujours la Légitime à titre d'inſtitution? Non, pouvons-nous répondre, parce que l'inſtitution dans la Légitime ne rend pas le légitimaire véritablement héritier, comme nous l'avons prouvé ci-deſſus, ſection 2, §. 1, & que la loi citée parle d'un patron, qui, prenant la qualité d'héritier, en a auſſi tous les droits.

Encore une fois donc, ce texte ne peut pas recevoir une application exacte à notre eſpèce, & il faut chercher ailleurs des raiſons pour la décider.

La loi 43, D. *ad legem falcidiam*, ne s'y rapporte pas plus directement : elle veut à la vérité que l'on conſidère, pour la quarte falcidie, l'augmentation ſurvenue après le décès du teſtateur par le retour d'un eſclave ; mais cette diſpoſition n'a pas d'autre motif que la faveur des

legs dont elle exclut ou réduit le retranchement, en imputant dans la quarte falcidie l'augmentation dont elle parle. Cela eſt ſi vrai, que dans le cas contraire, c'eſt-à-dire, lorſqu'il eſt arrivé une diminution après le décès du teſtateur, ſoit par la fuite d'un eſclave, ſoit par la ruine d'un édifice, la loi 73, D. *ad legem falcidiam*, ordonne de n'avoir égard qu'à l'état des biens au temps de la mort. Naturellement on devroit ſuivre pour les diminutions la règle inverſe des augmentations; mais comme celles-ci favoriſent le teſtament, & que celles-là lui ſont contraires, on ne conſidère que les premières, & l'on ne fait pas attention aux ſecondes; il n'y a rien en cela qui doive ſurprendre: le teſtateur eſt maître de défendre la quatte falcidie, c'eſt de ſa volonté qu'elle dépend entièrement; c'eſt donc ſur les préſomptions de cette volonté que l'on doit en régler l'exercice & en faire la ſupputation.

Ainſi les deux loix ſur leſquelles on appuie reſpectivement deux opinions contraires, ſont cependant fondées ſur le même motif: l'une exclut les augmentations de la ſupputation de la Légitime, parce qu'elle ne pourroit les y comprendre ſans porter atteinte à un teſtament; l'autre les fait entrer en maſſe, parce qu'elle ne pourroit les exclure ſans ſoumettre les legs au retranchement de la falcidie; en ſorte que dans le premier cas comme dans le ſecond, c'eſt la faveur des dernières volontés qui l'emporte.

Laiſſons donc là les déciſions du droit Romain, & ne conſultons que les principes. Il eſt certain que la Légitime eſt due au moment de la mort, & qu'elle affecte tous les biens de

l'hérédité. Il eſt également hors de doute que le légitimaire doit trouver dans ce qu'on lui aſſigne pour éviter la ſection de chaque effet ſoumis à ſon droit, une repréſentation exacte & complete de tout ce qu'il auroit eu ſi le partage s'étoit fait auſſi-tôt après la mort du défunt, & qu'il eût pris ſur chaque effet la quote qui lui étoit due : or, ſi les choſes s'étoient ainſi paſſées, le légitimaire auroit eu ſa part des biens qui ont reçu l'augmentation, & par conſéquent il auroit profité de cette augmentation proportionnément à la quotité que formoit ſa Légitime dans la maſſe de la ſucceſſion. Nous ne croyons pas qu'il ſoit poſſible de répondre à ce raiſonnement.

Auſſi toute la ſubtilité de Duperrier n'a-t-elle pas pu entraîner le parlement de Provence dans ſon ſyſtême : ce juriſconſulte prétendoit que le marquis de Breſſieux, héritier de la dame d'Oraiſon, ne devoit pas tenir compte à la dame de Rochefort, réduite à ſa Légitime, de l'augmentation qui étoit ſurvenue depuis la mort de la teſtatrice dans la valeur d'une maiſon ſituée à Arles, ſous prétexte que cette augmentation ne venoit pas de la nature même du bien, mais des ouvrages & des embelliſſemens que la ville d'Arles avoit fait faire dans le quartier où il ſe trouvoit. La dame de Rochefort combattit cette prétention avec ſuccès : par arrêt du 28 juin 1658, il fut ordonné *que les experts qui procéderoient à ladite eſtimation auroient égard à l'agrandiſſement de la nouvelle rue, conſtruction de la porte, & pont ſur la rivière du Rhône, par ordre & aux dépens de la ville d'Arles.*

Dans la même cause, Duperrier soutenoit qu'un pré qui avoit été desséché depuis le décès de la dame d'Oraison, par l'entreprise d'un sieur de Vanens, que les consuls de l'endroit avoient prépose pour un dessèchement général, ne devoit entrer en masse qu'à raison de la valeur au temps de la mort de la défunte; & il en donnoit deux raisons : » Premiérement, disoit-il, » il suffit que l'augment soit arrivé par une cause » extrinsèque & par le changement de l'état du » bien, pour en exclure le légitimaire, quoique » l'héritier n'y ait rien mis du sien que sa bonne » fortune. Secondement, l'héritier ou les posses- » seurs ont attiré ce changement & ce desse- » chement par la désemparation qu'ils ont faite » au sieur de Vanens de deux tiers de leurs » biens; & si la portion du légitimaire est di- » minuée par la désemparation de ces deux » tiers, cela n'empêche pas qu'il ne soit vrai » que l'héritier ou les possesseurs n'y aient » contribué de leur propre bien, & beaucoup » plus que le légitimaire, & que par conséquent » ils n'en soient la principale cause «. Duperrier ajoutoit, qu'à tout évènement il falloit avoir égard dans l'estimation aux inondations que des pluies extraordinaires pouvoient encore occasionner dans le bien dont il étoit question.

Voici ce que l'arrêt cité a prononcé là-dessus : *Les prés de Beaujeu en l'estimation de* nunc, *seront estimés en l'état qu'ils se trouvent, & sera déduit & détrait de la contenance d'iceux la part & portion compétant pour le dessèchement des marais d'Arles; & sera faite considération aux accidens qui peuvent arriver audit dessè-chement.* M.

M. le préſident Eſpiard apporte une limitation à la thèſe que nous venons d'établir : » Si le » père avoit aſſigné la Légitime ſur certains » biens, dit-il, la valeur de ces biens au temps » du décès eſt ſeule conſidérée «. Le Brun penſe de même, & cela paroît fort juſte. L'aſſignat fait par le père équivaut à un partage entre l'héritier & le légitimaire : or, on a vu plus haut que celui-ci n'a aucun droit aux augmentations qui arrivent après le partage dans les biens compris au lot de celui-là ; il en doit donc être de même dans le cas dont il s'agit ici. Mais, obſerve M. Rouſſilhe, » cela doit s'entendre » quand les biens aſſignés pour droits légitimaires » rempliſſent la Légitime ; s'ils ne la rempliſſoient » pas, le légitimaire ſeroit alors en droit de de- » mander un ſupplément ; ainſi il profiteroit par » cette demande des augmentations qui ſeroient » ſurvenues ſans le fait de l'héritier «.

Une autre exception également approuvée par le Brun, Pothier, M. le préſident Eſpiard, & même par M. Rouſſilhe qui critique le premier de ces auteurs, faute de l'entendre, eſt que l'augmentation arrivée depuis la mort du défunt ſur les biens donnés entre vifs, ne profite pas au légitimaire, lorſque les biens qui ſe trouvent dans la ſucceſſion *ab inteſtat* ſuffiſent pour remplir la Légitime. La raiſon en eſt ſimple ; le légitimaire n'a droit, comme nous l'avons dit, de faire entrer les améliorations en maſſe, que parce que l'on ſuppoſe par une fiction de droit, qu'il prend ſa Légitime ſur chaque bien ou effet de l'hérédité : or, quand les biens qui compoſent la ſucceſſion *ab inteſtat* ſont ſuffiſans pour compléter la Légitime, le légitimaire

ne peut toucher à ceux que le défunt a donnés de ſon vivant ; ainſi l'on ne peut appliquer à cette hypothèſe le fondement ſur lequel il profite à proportion de ſa Légitime de toutes les augmentations qu'éprouvent les biens ou effets héréditaires, & par conſéquent il ne peut faire conſidérer les choſes données que ſur le pied de leur valeur au temps du décès, parce que c'eſt alors que la Légitime eſt due.

On demande ſi le gain d'un procès entamé par le défunt & repris par l'héritier, doit augmenter la Légitime. Matthieu *de afflictis*, déciſion 382, ſoutient la négative, & M. le préſident Favre l'approuve juſqu'à un certain point. Suivant ce magiſtrat, il y a deux choſes à conſidérer dans un procès par rapport à la ſupputation de la Légitime ; ſavoir, l'incertitude de l'évènement & les ſoins de l'héritier. Il eſt certain, dit-il, que les ſoins de l'héritier ne doivent point groſſir la portion du légitimaire ; ainſi l'on ne doit faire entrer en maſſe que l'eſtimation des droits litigieux conſidérés ſuivant ce que l'on auroit pu les vendre au moment de la mort du défunt.

L'opinion de Matthieu *de afflictis*, eſt ſans contredit trop générale : auſſi a-t-elle été rejetée par le conſeil ſouverain de Naples, comme nous l'apprend Céſar Urſillis en ſes notes ſur cet auteur. L'avis de M. Favre eſt plus ſpécieux, mais il n'eſt pas mieux fondé ; & l'on doit tenir pour conſtant que le légitimaire doit profiter du gain du procès, en contribuant aux débourſés de l'héritier juſqu'à concurrence de ſa quote part. Il ne faut pas même diſtinguer ſi le jugement eſt antérieur au partage & au payement de la Légitime, ou

s'il n'eſt intervenu qu'après. En effet, c'eſt un principe conſacré par la loi 143, D. *de verborum ſignificatione*, que celui qui a une action eſt cenſé avoir la choſe même qu'elle a pour objet, *qui actionem habet, ipſam rem habere videtur.* On doit donc tenir compte du bien qui eſt rentré dans le patrimoine de l'héritier par l'effet d'un procès intenté par le défunt, comme s'il s'étoit trouvé dans la ſucceſſion à la mort du défunt même. D'ailleurs le légitimaire a certainement ſa part dans les droits litigieux, de même que dans les biens qui exiſtent en nature : on doit donc le conſidérer à l'égard de ces droits comme le conſors de l'héritier, & par conſéquent la victoire obtenue par celui-ci doit lui profiter, en refondant ſa quote-part des frais, comme s'il l'avoit obtenue lui-même. Soutenir le contraire, c'eſt donner ouverture à deux propoſitions abſurdes : 1°. il en réſulteroit qu'un conſors qui a plaidé ſeul pourroit s'approprier tout le fruit d'un procès, malgré l'offre que lui feroient les autres de leur quote-part des frais, pour entrer en partage avec lui, ce qui eſt contraire à toute idée de juſtice. 2°. Une autre conſéquence non moins ſingulière, ſeroit que les propres pour la ſucceſſion deſquels l'héritier auroit été obligé de plaider long-temps, devroient lui tenir nature d'acquêts juſqu'à concurrence de ſes ſoins & de ſes déboursés, ce qui n'eſt certainement reçu nulle part.

L'opinion de M. Favre ſeroit cependant exacte dans un cas : ſi le légitimaire avoit, moyennant une certaine ſomme, cédé à l'héritier ſa part dans les droits litigieux, il ne ſeroit pas juſte que le gain du procès obtenu enſuite par l'hé-

ritier, entrât en masse pour grossir la Légitime ou la suppléer ; le légitimaire ne seroit pas même recevable à demander la rescision de son acte de transport, parce que toute vente de droits litigieux est considérée comme un coup de filet, *jactus retis*, & que par conséquent il ne peut y écheoir de lésion relativement au temps du contrat ; ce qui est indispensable pour donner lieu au bénéfice de restitution en entier. C'est sur ces raisons qu'un arrêt du sénat de Chambéry du 31 août 1593, a débouté un légitimaire de sa demande en rescision d'un accord de cette espèce, qu'il avoit fait antérieurement au gain d'un procès héréditaire.

Doit-on regarder comme une augmentation de l'hérédité, & par conséquent faire entrer en masse une donation qui a été faite à l'héritier après la mort du défunt, en reconnoissance des services que le donateur avoit reçus de celui-ci ? L'arrêt que nous venons de citer a jugé pour la négative, & cette décision est très-juridique. On ne peut, dit M. Favre, prendre la Légitime que sur les biens qui se trouvent dans le patrimoine du défunt au moment de sa mort ; c'est la disposition expresse de la loi 6, C. *de inofficioso* : or, on ne peut mettre au nombre de ces biens ceux qui n'ont été donnés qu'après sa mort, quoiqu'en considération de sa personne ; parce que la donation pouvoit n'en pas être faite, & que le défunt ne peut être censé avoir eu ce que ni lui ni son héritier n'étoient pas en droit de demander par action. On objecte qu'une donation est toujours réputée faite à celui en considération duquel le donateur a entendu la faire ; mais cette maxime que

l'on fonde sur la loi 42, D. *de conditionibus & demonstrationibus*, ne peut certainement point être appliquée au cas où la personne que le donateur considère n'existe plus.

Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent des augmentations qui arrivent sans le fait de l'héritier, il faut le dire en sens contraire des diminutions de la même espèce. C'est ce qu'exige nécessairement la règle des corrélatifs, & c'est ce que tous les auteurs reconnoissent d'une voix unanime.

Il s'est présenté à ce sujet une question remarquable, & qui a été jugée au parlement de Provence par l'arrêt du 28 juin 1658 dont nous avons déjà rapporté quelques dispositions : voici comme Dupertier en proposoit l'espèce dans son mémoire.

» En 1623, dix-neuf ans après le décès de la » dame d'Oraison, le marquis de Bressieux vendit » à Constantin quatre-vingt-cinq cesterées du te- » nement Manusclat pour le prix mentionné dans » le contrat, qui lui fut payé partie en argent » comptant, & partie en seize cesterées de terre » que ledit Constantin lui désempara, qui étoient » assises en un autre endroit plus éloigné du Rhône » que ces quatre-vingt-cinq cesterées, & cet éloi- » gnement a conservé les seize cesterées, pen- » dant que le Rhône a pris & emporté les quatre- » vingt-cinq cesterées vendues à Constantin.... » Et toutefois les experts, en faisant l'estimation » du temps présent, n'ont point eu d'égard à cet » évènement, & ont estimé les quatre-vingt-cinq » cesterées, comme si elles étoient présentement en » nature «.

Dupertier prouve très-clairement que cette

eſtimation étoit contraire à tous les principes ; & venant à la queſtion de ſavoir ſi au moins la dame de Rochefort ne pouvoit pas faire entrer dans la liquidation le prix qu'avoit tiré le marquis de Breſſieux de la vente des quatre-vingt cinq ceſterées emportées par le Rhône, il s'explique en ces termes : » L'arrêt de la cour de l'an 1646 (*) » a décidé cette queſtion, en déclarant que la » dame de Rochefort ne pouvoit pas faire liquider » ſon droit de Légitime ſur le pied du prix de » ce même tenement de Manuſclat, vendu par » le ſieur de Breſſieux ; car en faiſant ce juge- » ment elle a déclaré que le légitimaire ne pou- » voit tirer aucun profit & avantage de la vente, » comme procédant du propre fait de l'héritier » & de ſon induſtrie, ou de ſon bonheur & de » l'imprudence de l'achereur, qui fit cet achat ſans » conſidérer le danger d'une pièce qui avoit un » voiſin ſi redoutable «.

Il faut convenir que cette prétention avoit pour elle le vœu des principes & la rigueur du droit ; cependant l'arrêt cité y a apporté un tempéra- ment que l'on ne peut s'empêcher de reconnoître pour équitable ; voici comme il eſt conçu : *Le mas de Manuſclat ſera eſtimé de* nunc *en l'état qu'il eſt de préſent, ſans que les quatre-vingt-cinq ceſterées vendues à François Conſtantin par acte du 24 de novembre* 1623, *& emportées par la rivière du Rhône, puiſſent faire fonds & être con-*

(*) Il y a apparence que cet arrêt & celui du 2 mars 1638, rapporté ci-deſſus, ſont le même, & qu'il y a une erreur de date dans l'un ou dans l'autre. En effet, ils ont jugé la même queſtion, & ils ont été rendus entre les mêmes parties.

fidérées tant à l'eſtimation de tunc *que de* nunc ; *a ordonné néanmoins que tout ce qui a été donné & payé par ledit Conſtantin pour le fait dudit achat, ſera fonds & entrera dans leſdites deux eſtimations, comme ſubrogé aux terres vendues audit Conſtantin, & emportées par la riviere.*

TROISIÈME QUESTION. *Comment faut-il conſidérer les biens de l'aïeul pour régler la Légitime des petits-enfans ?*

Il n'y avoit aucune eſpèce de difficulté ſur cette queſtion dans l'ancien droit Romain : comme la Légitime étoit toujours le quart de la portion héréditaire, on conſidéroit toujours pour la régler ce que le père des petits enfans eût pris dans la ſucceſſion *ab inteſtat*, & on leur en donnoit le quart. Ainſi lorſqu'il ſe trouvoit des petits-enfans de deux ſouches ; par exemple, trois de l'une, & un ſeul de l'autre, la Légitime de ce dernier étoit une once & demie ou un huitième ; & celle de chacun des trois autres étoit une demi-once ou un vingt-quatrième. C'eſt ce que décidoit formellement la loi 8, §. 8, au digeſte *de inofficioſo teſtamento* (*).

La choſe eſt également ſimple & facile dans la coutume de Paris, qui fixe toujours la Légitime à la moitié de la portion *ab inteſtat*. Denizart explique fort clairement les différens cas qui peuvent ſe préſenter à ce ſujet : » S'il y a tout-

(*) Quoniam autem quarta debitæ portionis ſufficit ad excludendam querelam..... Proinde ſi ſint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, puta tres, ex uno unus, uniçum ſeſcunia, unum ex illis ſemiuncia querelâ excludit.

» à-la-fois des enfans vivans & des petits-enfans » qui viennent par représentation de leur père ou » mère, la Légitime se partage selon le nombre » des enfans au premier degré qui restent vivans, » & de ceux qui, étant morts, ont laissé des enfans » qui les représentent; & ceux-ci n'ont entre eux » que la Légitime qu'auroit eue la personne qu'ils » représentent. S'il n'y a que des petits-enfans ou » autres descendans plus éloignés, leur Légitime » se règle par souche; de manière que les descen- » dans de chaque fils ont entre eux la même Lé- » gitime qu'auroit eue leur père. Mais comment » doit-on en user lorsqu'il y a plusieurs petits- » enfans d'une seule souche? Par exemple, un » père a un fils unique qui décède avant lui, » laissant plusieurs enfans: si le grand père vient » à décéder, quelle sera la Légitime des petits- » enfans, s'ils sont au nombre de quatre ou cinq? » Il faut répondre qu'à Paris chacun aura un hui- » tième, s'ils sont quatre; & un dixième, s'ils sont » cinq «.

Dans les endroits où l'on suit la fixation introduite par la novelle 18, c'est-à-dire, où la Légitime est le tiers de la portion *ab intestat*, lorsqu'il n'y a que quatre enfans, & la moitié, lorsqu'ils sont en plus grand nombre, il faut distinguer si l'aïeul laisse des petits-enfans de plusieurs fils, ou s'il n'en laisse que d'un seul.

Au premier cas, il est hors de doute que l'on doit régler la Légitime des petits-enfans eu égard aux personnes qu'ils représentent, & par conséquent la fixer au tiers si les fils n'étoient que quatre, & à la moitié s'ils excédoient ce nombre.

Au second cas, Peregrini, Barri, le Brun,

Denizart, M. Roussilhe & plusieurs autres auteurs, estiment que la portion légitimaire doit être réglée suivant le nombre des petits-enfans, c'est à-dire, à la moitié s'ils sont plus de quatre, & au tiers s'ils sont au dessous de ce nombre, parce qu'étant tous nés d'un fils unique, & n'ayant ni oncles ni cousins-germains pour concurrens, ils ne viennent point par représentation, mais par un droit qui leur est propre & personnel. C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt du sénat de Chambéry du 28 avril 1614, rapporté par M. le président Favre.

Voet au contraire soutient que dans ce cas on doit toujours restreindre la Légitime au tiers, quand même le nombre des petits-enfans seroit au dessus de quatre. Sa raison est que la mort prématurée de leur père ne doit pas diminuer la liberté de tester dans la personne de leur aïeul, ni conséquemment obliger celui-ci de leur laisser la moitié de ses biens pour leur Légitime, tandis qu'il n'en devoit qu'un tiers à leur père, qui certainement avoit plus de droit qu'eux, & les auroit exclus, s'il n'étoit pas prédécédé.

Mais que peut un pareil inconvénient contre la faveur si justement due à la Légitime? Ne vaut-il pas mieux borner le pouvoir de l'aïeul relativement à la disposition de ses biens, que de diminuer les foibles portions qu'il est obligé de laisser à ses petits-enfans? En tout cas on peut dire que ces derniers sont assez malheureux d'avoir perdu si-tôt l'auteur de leur jour, & que la nouvelle restriction apportée par la loi à la disponibilité des biens de leur aïeul, est pour eux une espèce de dédommagement de la mort prématurée d'un père qui auroit pu augmenter, par

ſon travail & ſon économie, le patrimoine qu'il leur a laiſſé.

La diſtinction que nous venons d'établir entre le cas où il y a des petits-enfans de pluſieurs ſouches, & celui où il ne s'en trouve que d'une, peut ſervir à l'éclairciſſement d'une queſtion que l'on propoſe ſur un ſtatut donné aux états de Provence le 3 août 1472.

Ce ſtatut borne à un ſimple droit de Légitime les filles qui concourent avec des mâles dans les ſucceſſions de leurs père, mère, aïeul ou aïeule : on demande en conſéquence ſi une petite-fille peut exiger ſa Légitime ſur tous les biens de ſon aïeul maternel, ou ſeulement ſur la Légitime qu'auroit eue ſa mère, au cas qu'elle n'eût pas été prédécédée.

Il paroît que l'on doit diſtinguer ſi cette petite-fille demande ſa Légitime par droit de repréſentation, c'eſt-à-dire, ſi elle concourt avec des oncles ou des couſins-germains, ou ſi elle la demande *jure proprio*, c'eſt-à-dire, ſi elle ne concourt qu'avec ſes propres frères.

Lorſque la petite-fille a beſoin du ſecours de la repréſentation pour demander ſa Légitime, il eſt inconteſtable qu'elle ne peut la prendre que ſur la Légitime de ſa mère : c'eſt ce qui réſulte, dit Duperrier, » d'un arrêt ſolemnel qui a tou-» jours ſervi de règlement, donné au rapport de » M. de Calas, le premier avril 1605, en la » diſcuſſion de Joachim de Matheron, ſieur de » Salignac ; car Louiſe d'Ortigues avoit un fils » nommé Charles de Matheron, & deux filles » nommées Louiſe & Jeanne, tous leſquels en-» fans mâles & femelles étoient morts avant leur » mère, ayant néanmoins tous laiſſé des enfans ;

» à ſavoir, Charles un mâle nommé Joachim, &
» ſix filles ; comme auſſi Louiſe & Jeanne avoient
» pareillement laiſſé des enfans. Ainſi Louiſe d'Or-
» tigues n'ayant aucun enfant du premier degré,
» mais ſeulement un fils de ſon fils, qui étoit
» Joachim, & des petites-filles, elle fit ſon teſ-
» tament, par lequel elle inſtitua Joachim, & fit
» quelques legs aux ſœurs de Charles, leſquelles
» après le décès de la teſtatrice demandèrent le
» ſupplément de Légitime ſur tous les biens dé-
» laiſſés par leur aïeule, par cette raiſon qu'elles
» ſuccédoient de leur propre chef, repréſentant
» ſeulement le degré de leur père, & qu'il ne
» s'agiſſoit pas de ſon hérédité, mais de celle
» de ladite d'Ortigues leur aïeule. Au contraire,
» Joachim ſoutenoit, que quoique Charles leur
» père commun fût mort avant leur aïeule, toute-
» fois la repréſentation faiſoit que par une fiction
» de la loi il étoit réputé pour vivant, & que
» partant s'agiſſant de la portion de leur père,
» il s'agiſſoit en effet de ſes biens, & ainſi elles
» ne pouvoient prendre leur Légitime que ſur la
» portion que leur père auroit dans ces biens,
» s'il étoit effectivement vivant ; & qu'il eût ſur-
» vécu à l'aïeule, *quia fictio tantùm operatur in*
» *caſu fictio quantùm veritas in caſu vero* ; autre-
» ment la fiction ſeroit imparfaite, & la loi comme
» la nature ne fait jamais rien d'imparfait dans ſes
» opérations. Et ce fut ainſi que la cour le jugea
» par cet arrêt, car elle n'adjugea aux ſœurs de
» Joachim leur droit de Légitime qu'à raiſon
» d'un quatorzième, non pas ſur tous les biens
» de la teſtatrice, mais ſeulement ſur un neu-
» vième, qui étoit la Légitime de Charles leur
» père, parce que la teſtatrice avoit laiſſé trois

» enfans ; à ſavoir, Charles & deux filles, Louiſe » & Jeanne ou leurs enfans : tellement que cet » arrêt, qui depuis a toujours été tenu pour un » règlement, a déclaré que la ſucceſſion des petits-» fils qui repréſentent leur père ou leur mère, » doit être réglée & partagée comme ſi ce père ou » cette mère avoit ſurvécu à l'aïeule, & comme » s'il s'agiſſoit de la ſucceſſion du père ou de la » mère «.

Il y a certainement une erreur dans le récit de cet arrêt, car les petites-filles devoient avoir leur Légitime ſur toute la portion héréditaire de leur père ; c'eſt la conſéquence néceſſaire du principe ſur lequel Duperrier lui-même le fonde, que la Légitime des petits-enfans doit être réglée *comme s'il s'agiſſoit de la ſucceſſion du père ou de la mère*. Si le père eût ſuccédé *ab inteſtat* à l'aïeul, il n'auroit pas été réduit à une Légitime. Ce n'étoit donc pas ſeulement ſur ſa Légitime, mais ſur toute ſa portion héréditaire que devoit être priſe la Légitime de ſes filles. C'eſt ſans doute auſſi ce qu'a jugé l'arrêt ; & il eſt probable que Duperrier ne l'a cité autrement, que parce que dans le mémoire dont eſt extrait le paſſage tranſcrit ci-deſſus, ce juriſconſulte avoit à établir que la Légitime d'une petite-fille dans la ſucceſſion de ſon aïeule maternelle ne doit être levée que ſur la Légitime qu'auroit eue ſa mère, en cas de ſurvie : cette thèſe eſt exacte, parce que la mère n'auroit pu, aux termes du ſtatut dont il s'agit, demander qu'une Légitime ſur les biens de l'aïeul ; mais on peut, ce ſemble, reprocher à Duperrier de l'avoir appuyée d'une citation fauſſe ou du moins tronquée.

Le mémoire dont nous venons de parler a eu

tout le succès qu'il méritoit. Par arrêt du 22 juin 1641, le parlement de Provence a jugé que *la Légitime sur l'aïeul maternel se partage, en sorte que le petit-fils a le total, & sa sœur n'a que la Légitime sur la Légitime.* La même chose avoit été jugée auparavant par arrêt rendu en 1628, & par un autre du premier décembre 1631. L'additionnaire de Duperrier qui les rapporte, en confirme la décision par une anecdote assez singulière : » Ce fameux jurisconsulte, dit-il en » parlant de Duperrier, invoqua cette même » maxime dans son testament fait le premier de » mars 1666. Il légua à la fille de Marie Duper- » rier, sa fille prédécédée, une somme de 2000 liv. » pour lui tenir lieu de supplément de Légitime ; » & il ajouta ces expressions remarquables : *Sui-* » *vant les arrêts de la cour qui ont applique au* » *petit-fils mâle le total du supplément, en rédui-* » *sant les petites-filles à la Légitime de la Légitime* » *que leur mère prédécédée auroit prise sur les biens* » *de son père & aïeul maternel desdites petites-* » *filles* «.

Dans le cas où la petite-fille demande sa Légitime par un droit qui lui est propre & personnel, c'est-à-dire, lorsqu'elle ne concourt qu'avec ses frères, & que par conséquent l'aïeul maternel n'a laissé des petits-enfans que d'une fille unique, il est clair que la petite-fille doit prendre sa portion légitimaire sur toute la masse des biens : c'est ce qui résulte des principes d'après lesquels nous avons établi que la Légitime des petits-enfans, lorsqu'ils sont au nombre de cinq & tous issus d'un fils unique de l'aïeul, doit être la moitié de ce qu'ils auroient recueilli dans la succession *ab intestat*, quoique celle de leur père eût été limitée au tiers.

QUATRIÈME QUESTION. *Comment faut-il considérer les biens pour régler la Légitime d'un aîné?*

Pour résoudre cette question, qui consiste, comme on le voit, à savoir quels sont les droits d'un aîné réduit à sa Légitime, il faut distinguer le cas où les biens soumis au droit d'aînesse se trouvent dans la succession *ab intestat*, d'avec celui où le défunt a disposé de ces biens.

Il y a sur le premier membre de cette distinction quatre avis différens. Les uns tiennent qu'un aîné ne doit pas avoir une plus forte Légitime que ses frères & sœurs; & ils fondent leur opinion sur la novelle 18, qui ordonne en effet un partage égal de la portion légitimaire entre tous ceux qui y ont droit, *singulis ex æquo quadruncium vel sexuncium dividendo.* C'est en conséquence de cet avis que l'on juge constamment au conseil souverain d'Utrecht, que l'aîné est obligé d'imputer dans sa Légitime les fiefs que la coutume lui donne pour préciput: par ce moyen, disent les auteurs qui attestent cette jurisprudence (*), on concilie la loi qui prescrit l'égalité entre tous les légitimaires, avec celle qui affecte les fiefs à l'aîné. La même chose a lieu dans la coutume de Valenciennes, relativement au droit de maîneté.

La seconde opinion est, que l'aîné doit avoir son droit d'aînesse en entier, & une portion légitimaire dans les meubles & les rotures. Le motif

(*) Bort, van het Holl. Leen-R. part. 5, tit. 3, cap. 2, matrim. 4, n. 9.

Vandepoll, *de exheredatione & praeteritione*, page 172.

de cette résolution paroît d'abord assez plausible : le préciput d'aînesse dans les fiefs, & la Légitime dans les autres biens, sont deux droits que l'on ne peut ôter à l'aîné ; par conséquent, dit-on, ils doivent concourir dans sa personne, sans que l'un puisse diminuer l'autre.

La troisième opinion est, que dans les coutumes où l'on distingue le préciput de la portion avantageuse, l'aîné doit avoir le préciput en entier, & prendre pour sa Légitime le tiers ou la moitié de la portion avantageuse, & de la part égale qu'il auroit eue dans les autres biens, si le père n'eût pas disposé.

Enfin, la quatrième opinion est, que l'aîné doit avoir pour Légitime le tiers ou la moitié de tout ce qu'il auroit recueilli à titre d'héritier *ab intestat*, si le père n'eût pas fait de dispositions gratuites.

Cet avis est sans contredit le plus exact & le plus sûr, & il suffit pour s'en convaincre d'apprécier les trois autres. Le premier n'a d'autre fondement qu'une mauvaise application de la novelle 18. Chez les Romains, tous les enfans étoient égaux en succession, ils devoient donc l'être aussi en Légitime : nos coutumes, au contraire, donnent à l'aîné un préciput dans les fiefs, elles doivent donc pareillement lui assigner une plus forte Légitime qu'aux cadets. Cette vérité ne peut paroître douteuse lorsqu'on la rapproche de la loi qui fixe la Légitime à une quotité de la portion que l'on auroit *ab intestat*.

Le second avis n'est pas plus régulier. » Pourquoi, dit le Brun, l'aîné n'ayant pour sa Légitime que la moitié de ce qu'il auroit eu *ab intestat* dans les autres biens, auroit-il tout son

» droit d'aîneſſe dans les fiefs...? La coutume qui » preſcrit la quotité de ſa Légitime, la règle auſſi » bien pour ſon droit d'aîneſſe que pour le ſurplus, » n'ayant jamais été dit nulle part que la Légitime » fût la portion entière, ce qui iroit même à » énerver & anéantir les ſubſtitutions, ſur leſquelles » les créanciers d'un aîné déduiſant un droit d'ai- » neſſe en ſon entier, conſommeroient entièrement » la matière des ſubſtitutions «.

A ces raiſons ſe réuniſſent deux réflexions déciſives. 1°. La Légitime n'eſt accordée à un enfant que pour lui fournir des alimens; elle n'auroit donc pas lieu en faveur de l'aîné, ſi celui-ci trouvoit dans ſon préciput & ſa portion avantageuſe de quoi en remplir l'objet. Auſſi trouvons-nous dans les loix civiles & dans les coutumes des preuves certaines de leur averſion pour le concours de la Légitime avec une autre part légale ou coutumière: dans les loix, en ce qu'elles proſcrivent la prétention des enfans qui vouloient diſtraire d'une même ſucceſſion la Légitime & la falcidie (*): dans les coutumes, en ce qu'elles déclarent la Légitime incompatible avec le douaire (**). 2°. Comment le droit d'aîneſſe pourroit-il concourir avec celui de Légitime? Le premier ne peut être pris qu'à titre d'héritier (***); le ſecond, au

(*) L. 1, parag. 14, D. *ſi cui pluſquàm per legem falcidiam.* L. 11, parag. 5, D. *ad legem falcidiam.* L. 41, parag. 6, D. *de vulgari & pupillari ſubſtitutione.*

(**) Voyez l'article 17 de la coutume de Paris, & les commentateurs.

(***) *Nul ne prend droit d'aîneſſe, s'il n'eſt héritier*, dit Loiſel en ſes inſtitutes coutumières, liv. 4, tit. 3, règl. 69. Cette maxime eſt auſſi établie par Dumoulin, le Grand, Lalande, le Brun, Guyot, Bourjon, Auroux des Pommiers, &c.

contraire,

contraire, est incompatible avec cette qualité (*).

Le troisième avis ne diffère du second qu'en un point dont il est impossible de donner une raison apparente ; & ce que nous venons d'opposer à celui-ci, milite avec la même force contre l'autre.

C'est donc au quatrième avis qu'il faut se tenir ; & en effet, dit le Brun, » il est conforme » à la coutume qui donne pour la Légitime la » moitié de ce qu'on auroit eu dans les dispo- » sitions «. Ajoutons qu'il a toujours été adopté dans nos mœurs : c'est ce que prouvent deux arrêts des 30 août 1664 & 7 septembre 1765, que nous rapporterons dans un instant ; & c'est ce qui est clairement établi par Chopin sur la coutume de Paris, livre 2, titre 3, n. 12 (**).

Il y a cependant un cas où la Légitime de l'aîné n'est point augmentée par la considération du droit d'aînesse ; c'est lorsqu'il n'a ni frères ni sœurs qui concourent avec lui, soit dans la Légitime, soit dans la succession. » En effet, » dit Bourjon, ce fils unique auroit eu le tout » si le père n'eût disposé ; il a disposé, sa dispo- » sition licite le réduit à la moitié ; c'est son » effet naturel. Il ne peut y avoir droit d'aî- » nesse où il n'y a pas de concours d'autre hé-

(*) Voyez les arrêts des 16 mars 1666, & 7 avril 1690, rapportés ci-dessus, sect. 2, parag. 1, sur la fin.

(**) *Voici les termes de cet auteur :*

Franci qui patris tenentur institutis, Legitimam metiuntur hereditariis portionibus, quæ consuetudine primogenitis, non quæ liberis ex æquo deferuntur, & hoc casu protogonus nobilis Legitimæ nomine deducet dimidiam natalitiæ suæ perceptionis, non autem partis natalitiæ cum aliis exæquatæ.

» ritier, & cette réduction du fils à la moitié de » tous ses droits héréditaires résulte du sentiment » de Duplessis «.

Dans le second cas, c'est-à-dire, lorsque le père a disposé des biens soumis au droit d'aînesse, & que par conséquent ils ne se trouvent plus dans la succession *ab intestat*, il faut sous-distinguer si la disposition a été faite au profit d'un étranger ou en faveur d'un puîné.

Lorsque la disposition a été faite au profit d'un étranger, la Légitime de l'aîné se règle absolument de même que quand les biens soumis à son préciput & à sa portion avantageuse sont encore dans le patrimoine du défunt au moment de sa mort : il faut seulement observer que dans ce cas l'aîné ne peut pas se pourvoir directement contre les donataires des fiefs, mais garder l'ordre de discussion établi par l'article 34 de l'ordonnance de 1731.

Lorsque la disposition des biens soumis au droit d'aînesse est en faveur d'un enfant puîné, il faut examiner si la coutume dans laquelle on se trouve est une de celles qui défendent le transport du droit d'aînesse aux cadets, ou si elle est du petit nombre de celles qui le permettent.

Dans la première hypothèse, l'aîné doit avoir son droit d'aînesse en entier, & sa Légitime sur les meubles & les rotures. C'est ce qui a été jugé formellement par un arrêt du 14 avril 1654, que Ricard nous retrace en ces termes : » Après » que Pucelle & Hébert eurent solemnellement » plaidé la cause pour les parties, M. l'avocat- » général Talon . . . . conclut en faveur de » l'aîné : en conséquence de quoi la cour sur l'ap- » pel qui n'étoit que d'un appointement, &

» ſur le principal pour l'évocation duquel il y » avoit requête, mit l'appellation & ce dont étoit » appel au néant, émendant, évoquant le prin- » cipal & y faiſant droit, maintint & garda la » fille en la poſſeſſion des biens contenus en la » donation, *diſtraction préalablement faite au* » *profit de l'aîné de ſa Légitime & de ſon pré-* » *ciput* «.

Le journal des audiences nous fournit un autre arrêt du 30 août 1664, qui paroît avoir jugé différemment; il ordonne *que la moitié des portions afférantes à Nicolas de Prunelay dans les terres de Gazeran, Herbault & Macheninville, tant pour ſon préciput que droit d'aîneſſe, ſuivant les coutumes où elles ſont ſituées, ſera & demeurera à ſes créanciers pour ſa Légitime, & l'autre moitié deſdits préciputs & droits d'aîneſſe appartiendra à Françoiſe & Elizabeth de Prunelay* (ſœurs de Nicolas), *en conſéquence de la ſubſtitution appoſée par le teſtament de Charles de Prunelay* (leur père), *déclarée ouverte à leur profit par l'arrêt du 7 ſeptembre* 1662.

Cet arrêt ſemble identifier le cas dont il s'agit avec celui où le père n'a pas diſpoſé du droit d'aîneſſe, ou ne l'a fait qu'au profit d'un étranger. Cependant il ne détruit point la différence que nous avons établie entre ces deux cas : c'eſt ce que prouve nettement une note que Ricard a miſe à la ſuite de cet arrêt, rapporté pareillement en ſon traité des donations : » *Nota*, » dit cet auteur, que les créanciers n'avoient de- » mandé que la moitié des droits d'aîneſſe, » mais qu'ils devoient avoir le préciput en en- » tier «.

Le Brun ſe fait à ce ſujet une queſtion im-

portante : » L'on demandera peut-être, ce ſont » ſes termes, pourquoi il eſt plus permis de » diſpoſer au profit d'un étranger que d'un fils » puîné, lorſque l'on diſpoſe au préjudice de » l'aîné ; & pourquoi l'aîné en ce cas n'obtient » que la moitié de ſon droit d'aîneſſe contre l'é- » tranger, & obtient le tout par l'action révoca- » toire contre ſon puîné ?

» La réponſe eſt double : 1°. la donation du » fief faite à l'étranger n'eſt pas réputée faite » ſpécialement en fraude du droit d'aîneſſe, » comme celle par laquelle un père gratifiant » ſon puîné du fief de la maiſon, affecte de trou- » bler l'ordre de la nature & de faire changer » de place à tous ſes enfans. 2°. En ce cas on » défend le plus ce qui ſe pratiqueroit plus ſou- » vent au préjudice du droit d'aîneſſe : or, il eſt » bien plus ordinaire qu'un père donne à ſon » puîné au préjudice de ſon aîné, que non pas » à un étranger. C'eſt ainſi qu'après qu'un père » a marié ſon fils comme principal héritier, il » peut bien donner à un étranger, mais non pas » à un puîné, au moins au delà de ſa Légitime ; » & c'eſt l'eſpèce de l'arrêt du 27 mars 1599, » rendu au profit de M. le duc d'Epernon. En tous » ces cas, les puînés ſont plus prohibés, parce qu'il » eſt plus ordinaire de les préférer à l'aîné que » des étrangers «.

Mais ne peut-on pas oppoſer à cette doctrine, comme nous l'avons fait nous-même pour le cas où les biens ſoumis au préciput de l'aîné ne ſont pas ſortis de la ſucceſſion, que l'on ne peut cumuler la Légitime avec le droit d'aîneſſe, parce que l'une exclut le titre d'héritier, & que l'autre le ſuppoſe ? Cette raiſon paroît au premier abord

insurmontable ; mais, examinée de près, elle ne trouve ici aucune espèce d'application. Qu'a fait le père en disposant au profit de son puîné d'un bien que la coutume affectoit au droit d'aîneſſe ? Il eſt ſorti des règles que la loi lui preſcrivoit : pourquoi donc ne ſeroit-il pas permis à l'aîné d'en ſortir également pour révoquer cette diſpoſition ? Pourquoi un acte illégal ne pourroit-il pas être détruit par une voie extraordinaire ? Nous avons là-deſſus un principe conſtant ; c'eſt que pour empêcher l'effet du dol & de la fraude, on peut cumuler des qualités qui ſeroient incompatibles en toute autre circonſtance. Ainſi quoique régulièrement un héritier ne puiſſe pas ſe prévaloir des droits qui lui ſont propres & perſonnels, pour faire annuller une aliénation faite par le défunt, parce que ſa qualité d'héritier l'en rend garant, néanmoins il en eſt tout autrement lorſqu'il s'agit d'une aliénation dont le but eſt de le priver d'un bienfait de la loi, & qui, par cette raiſon, eſt viciée par la fraude qui l'accompagne. Nous trouvons dans la loi 2, au code *ſi in fraudem patroni*, la preuve & en même temps l'exemple de cette vérité : ce texte porte, qu'un patron, héritier de ſon affranchi, peut révoquer par l'action Favienne ou Calviſienne, les diſpoſitions que le défunt a faites en fraude de ſes droits, *defuncto quidem liberto patronus inteſtato ſuccedens, per actionem Calviſianam in ejus fraudem alienata revocare poteſt.* C'eſt encore par cette raiſon qu'une femme qui accepte la communauté, & qui par-là eſt garante, au moins pour la moitié, des obligations contractées par ſon mari, ne laiſſe pas d'être fondée à demander la nullité des aliénations frauduleuſes

qu'il a faites ; M. Stockmans rapporte un arrêt du conseil souverain de Brabant du 15 juillet 1651, qui l'a jugé ainsi ; & c'est une maxime universellement reconnue.

A l'égard des coutumes qui permettent au père de disposer au profit d'un puîné des biens sujets au droit d'aînesse, telles que sont Amiens, Péronne, Boullonnois, Ponthieu, Artois, Douai-Couvernance, Lille-Salle, &c. il est de toute évidence que dans le cas d'une pareille disposition l'aîné n'y peut avoir sa Légitime que sur le pied auquel on la régleroit si les biens se trouvoient dans la succession *ab intestat*, ou que le défunt en eût disposé en faveur d'un étranger. Voici ce que l'on trouve là-dessus dans le commentaire de Ricard sur la coutume d'Amiens, article 57 : » On induit des termes de cet article qui permet de disposer des acquêts féodaux, qu'on peut donner au préjudice de l'aîné » un fief d'acquêt, ainsi qu'il a été jugé en cette » coutume par arrêt du 2 janvier 1623 ; mais » si tous les fiefs étoient acquêts, on donne à » l'aîné, par un sage tempérament, la moitié des » fiefs pour sa Légitime «.

Cette doctrine a été confirmée par un arrêt du 7 septembre 1765, rendu en la grand'chambre du parlement de Paris : il s'agissoit de fixer la Légitime adjugée précédemment au fils aîné des sieur & dame Coffin, domiciliés à Hesdin en Artois ; ces deux époux avoient donné ou légué à leurs puînés tous leurs fiefs, acquêts & beaucoup d'autres biens libres : l'aîné, qui se trouvoit lésé par ces dispositions, ayant demandé sa Légitime, l'arrêt cité l'a liquidée à deux quints des fiefs propres & acquêts, moitié des quatre quints

que la coutume d'Artois lui donnoit *ab inteſtat* ; & comme il y avoit ſept enfans, on lui a adjugé un quatorzième des biens cottiers, catteux, meubles, effets mobiliers & dettes actives.

§. II. *Des choſes qui s'imputent dans la Légitime.*

Nous avons ſur cette matière un principe conſtant ; c'eſt que l'on ne doit imputer dans la Légitime que ce que le droit a réglé expreſſément : la loi 20, au code *de collationibus*, eſt formelle ſur ce point : elle établit d'abord que tout ce qui eſt ſujet à l'imputation dans la Légitime, l'eſt auſſi au rapport dans la ſucceſſion : mais, ajoute-t-elle, il ne faut pas conclure de cette règle, que réciproquement tout ce qui ſe rapporte à la ſucceſſion doive s'imputer ſur la Légitime ; car de toutes les choſes ſoumiſes au rapport, on ne doit aſſujettir à l'imputation que celles qui ſont exprimées par les loix (*).

On peut, ce ſemble, tirer de cette loi deux règles certaines ; la première, que tout ce qui eſt exempt de la charge du rapport, l'eſt auſſi de l'imputation ; la ſeconde, que ce qui eſt ſujet au rapport n'eſt pas pour cela ſoumis à l'imputation.

Cette ſeconde règle eſt indiſtinctement vraie ;

(*) Hæc autem regula ut omnia quæ portioni quartæ compurantur, etiam ab inteſtato conferantur, minimè è contrario tenebit, ut poſſit quis dicere etiam illa quæ conferantur omnimodò in quartam partem his imputari qui ad inofficioſi querelam vocantur. Ea enim tantummodò ex his quæ conferuntur memoratæ portioni compurabuntur pro quibus ſpecialiter legibus, ut hoc fieret, expreſſum eſt.

le texte que nous venons de citer l'établit très-clairement, & elle eſt fondée ſur l'équité même. En effet, dit le Brun, » il y a beaucoup de » faveur du côté du légitimaire que le père a » déshérité pour le tout ou pour partie, au lieu » qu'il n'y en a aucune pour celui qui en demande » le rapport; mais au contraire toute la faveur » eſt du côté de ceux qui l'obligent au rap- » port «.

La première règle n'eſt pas auſſi générale : d'abord elle n'a pas lieu dans les diſpoſitions de dernière volonté, la loi citée n'a été faite que pour les donations entre vifs : en ſecond lieu, elle admet, même à l'égard des donations entre vifs, quelques exceptions que nous expoſerons dans l'ordre auquel nous obligent les détails de cette matière.

Pour préſenter ces détails avec toute la netteté dont ils ſont ſuſceptibles, nous rangerons en trois claſſes les différens objets que l'imputation peut embraſſer : dans la première, nous parlerons de ceux que le légitimaire reçoit à titre de diſpoſition de dernière volonté : dans la ſeconde, de ceux qu'il prend à titre de diſpoſition entre vifs : dans la troiſième, de ceux qui lui échoient ſans le concours de la volonté de l'homme, & par la ſeule force de la loi.

Première claſſe des choſes ſujettes à l'imputation.

La queſtion de ſavoir ſi le légitimaire eſt obligé d'imputer tout ce qu'il tient du défunt à titre d'inſtitution ou de legs, n'eſt ſuſceptible d'aucune difficulté; la loi 30, C. *de inofficioſo*, la décide clairement pour l'affirmative, en ordonnant que

celui à qui le testateur aura laissé par son testament quelque chose de moins que sa Légitime, sera tenu de demander le surplus par l'action en supplément, sans pouvoir, comme dans l'ancien droit, intenter la querelle d'inofficiosité (*).

Il en est de même des donations à cause de mort, comme il résulte de la loi 8, §. 6, D., & de la loi 35, §. 2, C. *de inofficioso*. Le premier de ces textes porte, que celui qui a laissé à son fils par donation à cause de mort le quart de ce qu'il auroit eu *ab intestat*, peut disposer en toute sûreté du reste de ses biens (**) (on sait que l'ancien droit fixoit la Légitime au quart); le second veut, conformément à la loi 30 du même titre, que l'enfant donataire à cause de mort de son père, se pourvoie en supplément de Légitime, au lieu d'agir en plainte d'inofficiosité (***).

La question paroît plus douteuse relativement à ce que les Romains appeloient *mortis causâ capio*, c'est-à-dire, aux conditions apposées au profit du légitimaire dans une institution ou un

(*) Sive adjiciatur in testamento de adimplendâ legitimâ portione, sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat verò his personis... id quod minùs portione Legitimæ sibi relictum est, adimplendam eam sine ullo gravamine vel morâ exigere.

(**) Si quis mortis causâ filio donaverit quartam partem ejus quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset, puto securè eum testari.

(***) Et generaliter definimus quando pater minùs legitimâ portione filio reliquerit, vel aliquid dederit mortis causâ donatione.... Si filius post obitum patris hoc quod relictum vel donatum est simpliciter agnoverit.... Nullum sibi filium facere præjudicium, sed legitimam partem repleri.

legs fait en faveur d'un autre : par exemple, un père nomme un étranger pour son héritier ou légataire universel, à la charge de donner à son fils une somme d'argent : ce que le fils recevra en conséquence de cette disposition sera-t-il imputé dans sa Légitime ? Les uns décident que non, sur le fondement que ces sortes de donations ne s'imputent pas dans la falcidie ; mais il y a à cet égard une très-grande différence entre la falcidie & la Légitime : on n'impute dans la première que ce que l'héritier tient du défunt à titre héréditaire ; la seconde, au contraire, reçoit, comme on vient de le voir, l'imputation des legs & des donations à cause de mort : ainsi point de conséquence à tirer de l'une à l'autre en cette matière.

D'autres, & sur-tout Peregrini, distinguent si le *mortis causâ capio* doit se prendre sur les biens de la succession, ou si le payement doit en être fait par l'héritier ou légataire de ses propres fonds. Au premier cas, ils conviennent que l'imputation doit avoir lieu ; mais au second, ils soutiennent qu'elle seroit contraire à la disposition textuelle de la loi *36*, C. *de inofficioso*.

Cette loi porte en effet, que l'on ne doit imputer dans la Légitime que ce qui provient du patrimoine du défunt qui la devoit, & que si le légitimaire a reçu quelque chose d'ailleurs, quoiqu'à l'occasion & même par une conséquence des dispositions du testateur, c'est pour lui une bonne fortune dont il doit profiter hors part (*).

(*) Repletionem autem fieri ex ipsâ substantiâ patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est, vel ex substi-

Mais ce texte ne peut pas être appliqué ici, parce qu'il parle uniquement des dispositions qui ne sont pas faites directement & principalement au profit du légitimaire : celle dont il s'agit est toute différente ; son but direct & principal est d'avantager l'enfant, & son exécution fait considérer la chose qui en est l'objet comme un bien de la succession, parce que le testateur ayant laissé à son héritier ou légataire de quoi compenser la charge qu'il lui a imposée, doit être censé l'avoir en quelque sorte achetée & confondue dans son patrimoine.

La loi 3, §. 19, D. *de bonis libertorum*, est plus embarrassante : elle adopte formellement, par rapport à la Légitime du patron, la distinction du cas où le *mortis causâ capio* doit être payé des biens de l'affranchi, d'avec celui où l'héritier doit l'acquitter des siens : *Si patrono conditionis implendæ causâ quid datum sit, in portionem debitam imputari debet, si tamen de bonis sit liberti profectum.* Mais peut-on argumenter avec sûreté de la Légitime du patron à celle des autres personnes ? S'il est quelques cas où les règles de l'une peuvent s'adapter à l'autre, il faut convenir qu'il en est aussi plusieurs où cette manière de raisonner seroit inexacte. Par exemple, le patron légitimaire pouvoit révoquer les aliénations à titre onéreux que son affranchi avoit faites par esprit de dissipation & de prodigalité ; c'est à quoi tendoit l'action Favienne. Les enfans, les ascendans

---

tutione, vel ex jure accrescendi, ut puta ususfructûs ; humanitatis enim gratiâ sancimus ea quidem omnia quasi jure adventitio eum lucrari, repletionem autem ex rebus substantiæ patris fieri.

ni les frères n'ont jamais eu un pareil droit. La Légitime du patron pouvoit, même dans le dernier état de la jurisprudence Romaine, lui être laissée à titre de legs ou de donation à cause de mort; celle des enfans, des ascendans & des frères étoit due à titre d'institution par le droit des novelles, & elle l'est encore dans une grande partie du royaume. L'exhérédation injuste du patron donnoit ouverture à la possession des biens *contra tabulas*; celle des enfans, des ascendans & des frères ne peut être attaquée que par la querelle d'inofficiosité. Nous pourrions pousser plus loin ce parallele; mais c'en est assez pour faire voir qu'il existe des différences très-sensibles entre la Légitime des patrons & celle des autres; ce qui doit suffire pour empêcher d'argumenter de la première à la seconde, & par conséquent d'appliquer à celle-ci la disposition de la loi 3, D. *de bonis libertorum*.

Ce que nous disons du *mortis causâ capio*, il faut à plus forte raison le dire du legs que le père a fait à son fils d'une chose qui ne lui appartenoit pas; » parce que, dit le Brun, c'est » la même chose de donner de ses biens, ou d'obliger son héritier d'en acquérir d'une main » étrangère, pour les donner à celui que l'on en » veut gratifier, ou de l'obliger au moins de lui » en payer l'estimation; & c'est le sentiment de » Michel Grassus, qui dit que quand en ce cas » on fournit au légataire la chose d'autrui, elle » devient un bien de la succession, parce que le » testateur a laissé à son héritier de quoi l'acquérir, » & l'a avantagé à proportion de la charge qu'il lui » a imposée «.

Ce que le légitimaire gagne par droit d'accroiſ-

ſement, ſoit comme inſtitué, ſoit comme légataire, eſt-il ſujet à l'imputation? La négative paroît inconteſtable au premier abord; & la loi 29, C. *de inofficioſo*, ſemble la mettre hors de doute, en déclarant que le fils ne doit point imputer ce qui lui eſt provenu par droit d'accroiſſement, comme en matière d'uſufruit, *ex jure accreſcendi ut puta uſusfructûs*. Mais cette déciſion ne doit pas être entendue à la lettre, c'eſt ſon eſprit qu'il faut conſulter.

Quel eſt l'intention & le but de la loi citée? Elle veut que la Légitime ſoit remplie des propres biens du père, & par conſéquent que l'on n'y impute rien de tout ce qui a paſſé par des mains étrangères avant de tomber en celles du fils. Ainſi il faut diſtiguer ſi l'accroiſſement s'eſt opéré avant que le cohéritier ou colégataire du fils n'eût accepté ſa part de l'hérédité ou du legs, ou ſeulement après cette acceptation.

Dans ce dernier cas, il eſt évident qu'il n'y a point d'imputation à faire; c'eſt l'eſprit & la diſpoſition formelle du texte dont il s'agit.

Mais ce texte ne peut s'appliquer au premier cas; la part à laquelle étoit appelé le cohéritier ou colégataire qui a renoncé ou s'eſt trouvé incapable, paſſe directement des mains du teſtateur même en celles du fils; elle vient donc *ex ipſâ ſubſtantiâ patris*, & par conſéquent elle doit être imputée. Cela réſulte, dit Ricard, » de ce que » la loi parlant du droit d'accroiſſement ſemble » en réduire l'exemple au cas d'un uſufruit, qui » eſt la ſeule eſpèce en laquelle le droit d'accroiſ- » ſement a lieu après que le legs a paſſé dans les » mains d'un autre «.

Le Brun adopte cette réſolution par rapport à

l'accroiſſement qui ſe fait par droit héréditaire, » comme au cas qu'un père ayant inſtitué ſon fils » & pluſieurs étrangers, il arrive que l'un de ces » étrangers renonce; ou au cas que le fils étant » inſtitué *in re certâ*, l'héritier univerſel renonce, » la ſucceſſion étant déjà épuiſée par des dona- » tions «. Mais cet auteur penſe autrement à l'égard de l'accroiſſement qui a lieu dans les legs. La raiſon ſur laquelle il fonde cette différence, eſt que la première eſpèce d'accroiſſement » ſe fait » en vertu de la diſpoſition, ou au moins de la » volonté préſumée du teſtateur, au lieu que la » ſeconde ſe fait par bonne fortune, le titre du » fils n'étant point univerſel, mais particulier, & » ainſi ne comprenant point ce qui avoit été donné » au colégataire «.

Deux réponſes: 1°. la loi 36, C. *de inofficioſo*, ne diſtingue pas préciſément ſi les choſes que le légitimaire a reçues lui appartiennnent en vertu d'une diſpoſition expreſſe de ſon père, ou s'il ne les tient que comme un bienfait de la loi; la ſeule diſtinction qu'elle fait eſt des biens qui proviennent directement du patrimoine du père, d'avec ceux qui ont paſſé par les mains d'un poſſeſſeur intermédiaire.

2°. Sur quel fondement le Brun peut-il dire que le droit d'accroiſſement ſe fait en vertu de la volonté de l'homme dans les inſtitutions, & par la ſeule force de la loi dans les diſpoſitions à titre particulier? Le premier membre de cette propoſition eſt vrai; la loi 9, §. 13, & les loix 10 & 11, D. *de heredibus inſtituendis*, citées par le Brun, le mettent dans le plus grand jour; & nous avons prouvé à l'article INSTITUTION, tome 31, page 516, qu'il n'en faut pas même excepter

le cas d'une institution restreinte à un effet particulier. Mais le second membre est évidemment faux : » Il paroîtra certain, dit Furgole, à quiconque voudra considérer les règles du droit » Romain, que le droit d'accroissement à raison » de la conjonction n'a d'autre fondement que la » disposition du testateur, qui ne forme pas une » simple volonté tacite, mais une volonté expresse » résultant de ce que le testateur laissant à chacun » des légataires la chose en entier, il les appelle » tous à la totalité *ab initio*, pour être divisée » par le concours seulement : cela est fondé sur » la disposition littérale de la loi 3, D. *de usufructu accrescendo*, qui a été confirmée par la » loi unique, §. 10 & 11, C. *de caducis tollendis*, en déclarant que les conjoints *re & verbis* » prennent les portions vacantes comme leur appartenantes, *& partem conjunctiorum quasi suam* » *præoccupant*, & en déclarant aussi que les conjoints *re tantùm* doivent retenir la chose en entier, quand les colégataires ne concourent pas, » *apud ipsum qui habet solida remanent & nullius* » *concursu diminuta*. Ce qui est si vrai, que quoique le colégataire ait la totalité *ab initio* par la » disposition du testateur, néanmoins si cette » disposition ne s'exécute pas en la forme que le » testateur l'a ordonné, comme lorsqu'il a imposé » une condition qui est remise, & que le légataire est admis contre la volonté du testateur, » le colégataire ne peut point profiter de la portion vacante, & le droit d'accroissement n'a pas » lieu, comme le décide la loi 74, D. *de conditionibus & demonstrationibus* ; & il en est de » même lorsque le legs est rescindé pour partie, » comme dans le cas de la loi 3, §. 3, D. *de*

» *bonorum poſſeſſionibus*. Ainſi ces textes prouvent » d'une manière claire & ſenſible, que le droit » d'accroiſſement, à raiſon de la conjonction, n'a » d'autre fondement que la diſpoſition expreſſe » du teſtateur, qui deſtine la totalité à chacun » des colégataires ; ſi bien que quand la diſpo- » ſition ne peut pas être exécutée comme le teſ- » tateur le preſcrit, le droit d'accroiſſement ceſſe, » parce que ſon fondement manque «.

Lorſque l'appelé à une ſubſtitution vient à mourir avant le grevé, il ſe forme en faveur de celui-ci une eſpece d'accroiſſement ou plutôt de non décroiſſement de propriété libre. On demande ſi cet accroiſſement ou non décroiſſement doit être imputé dans la Légitime ? M. Maynard rapporte un arrêt du parlement de Toulouſe du 9 mars 1571, qui a jugé pour la négative. Cette déciſion *ſemble étrange*, dit Brillon ; & en effet elle eſt contraire à la loi *36*, C. *de inofficioſo*, qui ordonne l'imputation de tout ce qui a été tranſmis directement de la perſonne du père à celle du fils.

Mais tout ce que le fils gagne par l'ouverture d'une ſubſtitution pupillaire ou fidéicommiſſaire eſt exempt de l'imputation, parce qu'il y a eu entre lui & le défunt un poſſeſſeur ſur la tête duquel les biens ont fait impreſſion ; ce qui empêche qu'on ne les conſidère comme venant *ex ipſâ ſubſtantiâ patris*, & par conſéquent qu'on ne les impute. C'eſt auſſi ce que décide expreſſément la loi citée, aux mots, *non ſi quid ex aliis cauſis filius lucratus eſt, vel ex ſubſtitutione.*

Néanmoins le Brun ſoutient qu'en pareil cas on ne doit pas admettre le fils à prendre ſa Légitime entière & à conſerver l'expectative de la ſubſtitution,

substitution, » d'autant plus qu'il est décidé dans » le droit que quand il y a plusieurs dispositions » dans un testament au profit d'une même per- » sonne, dont l'une est onéreuse, & l'autre pure » & simple, il n'est pas permis à cette personne » d'accepter celle qui est pure & simple, & de » renoncer à celle qui est onéreuse. *L.* 5, *D. de* » *legatis* 2°. D'ailleurs il arrive souvent que ces » dispositions jointes ensemble excèdent de beau- » coup la Légitime, &, selon l'opinion de la plu- » part des docteurs, il n'est pas défendu d'apposer » quelque condition à la Légitime, quand elle » est au profit & à l'avantage du légitimaire: c'est » pourquoi. . . . l'équité veut que dans l'espèce » proposée, les autres héritiers institués soient » recevables à déférer au légitimaire le choix & » option des dispositions, ou de sa Légitime «.

Le Brun décide sur le même fondement, que le fils doit imputer ce que son père lui a laissé en nue propriété sous la réserve de l'usufruit au profit d'un autre; en sorte, par exemple, qu'un père devant à son fils mille écus pour sa Légitime, peut, en lui en donnant le double en nue propriété, soumettre le tout à un droit d'usufruit, & que si le fils veut avoir sa Légitime en pleine propriété, il doit abandonner la disposition, & renoncer à l'excédent de la nue propriété sur sa portion légitimaire.

Le même auteur suivant toujours le fil de son système, soutient que le fils est pareillement tenu d'opter entre sa Légitime & la disposition par laquelle son père lui laisse une plus grande partie de ses biens en simple usufruit ou à la charge de fidéicommis.

Le principe sur lequel sont fondées ces trois

résolutions paroît avoir été adopté par deux arrêts des 24 juillet 1584, & 12 mars 1680 : le premier, rapporté par Robert & M. le Prêtre, a décidé qu'un mari ayant légué à sa femme l'usufruit de tous ses biens, les créanciers du fils n'étoient pas en droit de demander sa Légitime en pleine propriété, parce qu'il en étoit suffisamment récompensé par la nue propriété qui lui étoit laissée. Le second a jugé, dit le Brun, » que le » sieur Moreau de Villiers & sa femme ayant » fait par leur contrat de mariage une donation » mutuelle au profit du survivant de tous les » biens du prédécédé, tant en propriété qu'en usu- » fruit, lequel don auroit lieu en cas qu'il n'y » eût aucuns enfans du mariage, ou qu'ils mou- » russent avant que d'avoir atteint l'âge de ma- » jorité, y ayant eu un fils de ce mariage, qui » avoit survécu à sa mère & étoit décédé en » minorité, les parens maternels du fils n'étoient » pas recevables à demander la moitié des biens » de la mère pour sa Légitime, par la raison » qu'il ne lui eût pas été avantageux de son vivant » de la demander, mais bien plutôt d'attendre sa » majorité, pour avoir la propriété du total, » qui lui étoit assurée pour ce temps, aux termes » de la donation. Ainsi l'on confirma la sentence » qui avoit maintenu le père dans tous les biens, » & l'on jugea par conséquent que le fils n'avoit » pas eu un droit formé pour demander sa Lé- » gitime, sans charge ni condition, & le surplus » sous la charge apposée dans la donation ; mais » qu'il n'avoit eu que le choix de se contenter » de sa Légitime en pleine propriété, sans avoir » rien au surplus des biens, ou d'exécuter la con- » dition de la donation, & de n'avoir rien du tout,

» en cas de décès en minorité ; l'on jugea que ce » dernier parti lui ayant été le plus avantageux, il » étoit réputé l'avoir choisi, & qu'étant mort en » minorité, tous les biens appartenoient au père » en vertu de la donation «.

A ces arrêts se joint l'autorité d'un texte très-précis sur la question que nous agitons ; c'est la loi 8, §. 11, D. *de inofficioso testamento*, suivant laquelle un fils institué dans une plus grande portion que sa Légitime, sous la charge d'un fidéicommis qui doit s'ouvrir dans les dix ans de la mort du testateur, ne peut pas agir en plainte d'inofficiosité, parce qu'en joignant les fruits qu'il percevra pendant cet intervalle à la quarte trébellianique qu'il distraira du fidéicommis, il se trouvera abondamment récompensé de sa Légitime (*).

Mais cette loi a été abrogée, comme beaucoup d'autres, par l'empereur Justinien, qui a porté la Légitime à son plus haut degré de faveur. La loi 36, C. *de inofficioso*, suppose bien clairement que le fils n'est point obligé d'opter entre sa Légitime & le testament par lequel son père l'appelle à une substitution après un certain temps,

(*) *Voici les termes de cette loi :*

Undè si quis fuit institutus fortè ex semisse, cùm ei sextans ex substantiâ testatoris deberetur, & rogatus esset post certum temporis restituere hereditatem, meritò dicendum est nullum judicium movere, cùm debitam portionem & ejus fructus habere possit : fructus enim solere in falcidiam imputari non est incognitum. Ergò & si ab initio ex semisse heres instituatur rogetur post decennium restituere hereditatem, nihil habet quod queratur, quoniam facilè potest debitam portionem ejusque fructus medio tempore cogere.

puiſqu'elle déclare qu'il ne doit point imputer le profit qui lui revient de cette ſubſtitution, *non ſi quid ex aliis cauſis filius lucratus eſt, vel ex ſubſtitutione . . . humanitatis enim gratiâ ſancimus ea quidem omnia quaſi jure adventitio eum lucrari, repletionem autem ex rebus ſubſtantiæ patris fieri.* Voilà bien le profit de la ſubſtitution réuni dans la perſonne du fils au droit de prendre ſa Légitime en pleine propriété auſſi-tôt après la mort du père : on ne peut rien de plus déciſif.

Le §. 2 de la même loi eſt encore plus formel ; il ſuppoſe le cas de l'inſtitution d'un étranger, avec charge de reſtituer au fils du teſtateur dans un certain temps, & il demande ce qu'il faut faire par rapport à la détraction de la Légitime du ſubſtitué. *Cùm autem quis extraneo herede inſtituto, reſtituere eum filio ſuo hereditatem ſuam*, cùm moriatur, *diſpoſuerit, vel in tempus certum reſtitutionem diſtulerit, quia noſtra conſtitutio quæ anteà compoſita eſt, omnem dilationem, omnemque moram cenſuit eſſe ſubtrahendam, ut quarta pars pura mox filio reſtituatur, in hujusmodi ſpecie quid faciendum ſit dubitatur.* La loi répond, que le fils doit avoir ſa Légitime ſur le champ, & recueillir le ſurplus de l'hérédité lorſque la ſubſtitution ſera ouverte : *Sancimus itaque quartæ quidem partis reſtitutionem jam nunc celebrari, non expectata nec morte heredis, nec temporis intervallo : reliquum autem quod poſt legitimam portionem reſtat tunc reſtitui quandò teſtator diſpoſuit. Sic etenim filius ſuam habebit portionem integram & qualem leges & noſtra conſtitutio definivit*, & ſcriptus *heres commodum quod ei teſtator dereliquit, cum legitimo moderamine ſentiet.*

Le chapitre 3 de la novelle 18 renferme une déciſion ſemblable. Il annonce d'abord qu'il s'eſt introduit depuis peu un uſage de laiſſer aux enfans la nue propriété de tous les biens, ſous la réſerve de l'uſufruit au profit de leur mère: il condamne enſuite ces ſortes de diſpoſitions, comme contraires à l'obligation impoſée aux pères de laiſſer des alimens à leurs deſcendans, & il ordonne qu'à l'avenir la Légitime ne pourra plus être fournie qu'en pleine propriété.

Les loix civiles ne permettent donc pas de compenſer ce que le père retranche actuellement de la Légitime, ſoit avec un uſufruit plus ample qu'il laiſſe au légitimaire, ſoit avec l'expectative d'un fidéicommis qu'il établit en ſa faveur. Ainſi il ne reſte plus, pour réfuter l'opinion de le Brun, qu'à prouver que ces conſtitutions ont lieu dans nos mœurs; & c'eſt ce qui réſulte clairement des arrêts dont nos livres ſont remplis ſur cette matière.

Nous en connoiſſons ſept du parlement de Paris. Le premier eſt du 7 mars 1548: il fait au profit de l'acquéreur de toute la portion héréditaire d'un fils grevé de ſubſtitution univerſelle, diſtraction de la Légitime que ſon vendeur avoit droit de prétendre. C'eſt Papon qui le rapporte en ſon recueil, livre 20, titre 3.

Le ſecond eſt du 27 mars 1669: il a été rendu en la première chambre des enquêtes, après que l'affaire eût été partagée en la grand'chambre. On le trouve dans le dictionnaire de la ville, au mot *Légitime*.

Le troiſième eſt du 18 janvier 1678: il ordonne l'exécution d'un teſtament, par lequel une mère avoit ſubſtitué dans la perſonne de ſa

fille tous les biens qu'elle lui avoit laissés, *à la réserve de la Légitime, de laquelle Catherine Godin* (c'étoit le nom de la grevée) *jouira librement & sans charge de substitution.*

Le quatrième est du premier avril 1686 : il infirme une sentence du châtelet, en ce qu'elle avoit confirmé la substitution dont Antoine de Perrey avoit lié la portion héréditaire de deux de ses enfans ; en conséquence, il déclare la Légitime des grevés franche & libre, & ordonne que la substitution sera exécutée pour le surplus. Les rédacteurs du journal du palais rapportent cet arrêt, ainsi que le précédent, avec des détails qui ne permettent pas de douter que la question n'y ait été jugée formellement.

Le cinquième est du 19 février 1704 : il est rapporté par Maillart en son commentaire sur la coutume d'Artois ; par Guillaume de la Champagne en son traité de la Légitime, & par Augeard en son recueil. En voici le dispositif : » Ordonne » que délivrance sera faite aux parties de Martinet de leurs portions légitimaires en corps » héréditaires féodaux & roturiers de la succession, » & qu'ils jouiront du surplus des biens substitués » non compris en leurs Légitimes, par usufruit, » leur vie durant «.

Le sixième est du 13 avril 1707. Maillart dit qu'il a été » rendu au rapport de M. le Musnier, » à la grand'chambre, dans la coutume de Paris ; » qu'il a fait distraction aux grevés de leur Légitime, & qu'il leur a laissé l'usufruit des » moitiés sur lesquelles la substitution avoit été » restreinte «.

Le septième est du 23 avril 1708. On le trouve au journal des audiences dans l'ordre de la date.

La jurisprudence des autres cours souveraines n'est pas différente de celle du parlement de Paris ; témoin pour le grand'conseil l'arrêt du 9 décembre 1692, rapporté au journal du palais, qui ordonne qu'un testament contenant substitution de toute une portion héréditaire, sera exécuté selon sa forme & teneur, *distraction préalablement faite à la partie de..... de sa Légitime en corps héréditaires sur les biens de son père.*

» Il y a, dit Ricard, entre les œuvres de M. » du Vair, un arrêt par lui prononcé en robes » rouges le 9 avril 1604, au parlement de Pro- » vence, entre les enfans de M. d'Oppede, pre- » mier président en la même cour, par lequel » il a été jugé que la Légitime de la fille, à la- » quelle le père avoit laissé par testament la moi- » tié de l'usufruit de ses biens, au lieu de sa Lé- » gitime, lui seroit fourni en corps héréditaires, » ou la valeur en deniers, & que ce qui excé- » doit en usufruit ne lui seroit pas imputé «.

Le grand conseil de Malines a également jugé par arrêt du 15 juillet 1617, rapporté par M. de Humayn, » que l'enfant chargé de fidéicom- » mis & de restituer généralement les biens d'icelui, » en peut déduire sa Légitime, nonobstant qu'ou- » tre & pardessus ces biens le testateur lui ait par » son testament fait d'autres avantages de libre » disposition, & sans avoir égard que l'héritier » les a acceptés «.

M. Grivel nous apprend que le parlement de Dole a jugé la même chose » par arrêt du 16 mars » 1607, entre dame Claude-Béatrix de Grand- » mont, femme de Claude-François de Ray, d'une » part, & dame Jeanne-Baptiste & Bénigne de » Grandmont, d'autre «.

Le parlement de Flandres s'eſt toujours conformé à cette juriſprudence. M. le premier préſident de Blye rapporte un arrêt de cette cour du 17 juin 1671, par lequel il a été jugé » que » la Légitime des enfans doit être déduite du » fidéicommis dont ils ſont grevés par teſtament » de leurs père, mère, ou autres aſcendans, le » fidéicommis tenant pour le ſurplus.

M. le préſident Dubois d'Hermanville nous en a conſervé deux ſemblables des 13 juillet 1673, & 24. . . . . 1690. Il y en a un quatrième dans M. Pollet, ſous la date du 13 mai 1694.

Voilà donc quinze arrêts qui jugent nettement que le fils n'eſt point tenu d'imputer dans ſa Légitime ce que ſon père lui laiſſe en uſufruit ou propriété fidéicommiſſée. Quand les deux arrêts cités par le Brun ſeroient abſolument dans l'eſpèce propoſée, ils ne formeroient pas ſans doute un préjugé qui pût balancer l'autorité d'un ſi grand nombre de déciſions uniformes, mais il s'en faut bien que le Brun en ait fait une application exacte & fidelle. Le premier eſt étranger à notre queſtion; la demande en diſtraction de Légitime qu'il a rejetée, étoit formée par des créanciers, dans un temps où l'on doutoit encore s'ils étoient recevables à exercer en cette matière les droits de leur débiteur; car nous voyons dans Baſnage (page 347, édition de 1778), que la juriſprudence a été fort incertaine ſur ce point juſqu'à l'arrêt du 28 mars 1589, prononcé en robes rouges par M. le préſident de Blanc-Meſnil. Le ſecond eſt certainement fondé ſur des circonſtances que le Brun nous a laiſſé ignorer; car le moyen de concevoir qu'il ait pu, ſans un motif

particulier, refuser aux héritiers d'un mineur ce que le mineur lui-même auroit été en droit de demander, c'est-à-dire, la distraction de sa Légitime de la donation universelle dont il s'agissoit? En vain diroit-on avec le Brun que le fils étoit censé avoir consenti à l'exécution de cette donation : 1°. Un mineur ne peut pas s'exproprier par un simple consentement d'un droit aussi précieux & aussi sacré que l'est la Légitime. 2°. Il est constant, comme nous l'avons déjà prouvé, que pour renoncer valablement à une Légitime échue, il faut une déclaration précise & formelle; le mineur n'en avoit point fait dans l'espèce de l'arrêt de 1680; cet arrêt est donc inexplicable, si on ne lui suppose pas d'autres circonstances que celles qui sont rapportées par le Brun.

Nous avons examiné dans la section 6 de cet article, si la thèse que nous soutenons doit avoir lieu dans l'espèce d'une substitution réciproque entre plusieurs enfans : mais il faut répondre ici à la question de savoir s'il ne faut pas excepter de cette même thèse le cas où le père déclare, que faute par son fils de se conformer entièrement à sa disposition, il le réduit à sa Légitime. M. le président Espiard ne forme aucun doute sur la negative. » Ce que le droit civil ordonne » sur ce point, dit-il, est l'effet d'une très-sage » politique. On a voulu que pour rendre solide » l'établissement des enfans, ils eussent une por- » tion légitime des biens de leurs père & mère, » tant en propriété qu'en usufruit, l'un sans » l'autre étant insuffisant. C'est renverser toutes » ces vues, que de permettre aux pères & mères » de laisser la Légitime à leurs enfans ou toute en » propriété, ou toute en usufruit, en les ré-

» compenſant par une propriété plus ample, ou » par un plus grand uſufruit, ſi mieux les légi- » timaires n'aiment ſe tenir à leur Légitime. » C'eſt leur permettre un choix qui, à bien con- » ſidérer les choſes, ne peut leur être que pré- » judiciable, puiſque ſous l'appât d'un uſufruit » plus ample qu'ils auront imprudemment choiſi, » ils ſe trouvent ſans aucun fonds en propriété, » & hors d'état par conſéquent de pouvoir aſſurer » des conventions matrimoniales, & d'apporter » quelque choſe en propriété à un mari. Il eſt » vrai que cela dépend du choix de l'enfant, » mais c'eſt ce choix-là même que la loi, n'en- » viſageant que le bien public & guidée par des » vues ſupérieures aux vaines ſubtilités de quel- » ques juriſconſultes, ne veut pas que les pères » & mères puiſſent laiſſer à leurs enfans, ſauf » cependant à leur ſubſtituer, s'ils le trouvent à » propos, l'excédent de la Légitime «.

Ces raiſons ne manquent ni de juſteſſe ni de ſolidité ; mais auſſi que ne peut-on pas dire en faveur de l'opinion qu'elles combattent ? Un père gêne-t-il la Légitime de ſon fils lorſqu'il lui laiſſe l'alternative de ſe tenir à cette portion, ou de prendre toute l'hérédité chargée du fidéicommis ? Non ſans doute ; le fils peut à ſon gré choiſir l'une ou l'autre, & s'il perd ſa Légitime en acceptant la ſubſtitution, ce n'eſt point le teſtament, mais ſon propre fait qui la lui ôte. Dira-t-on que le père n'eſt pas en droit de forcer ſon fils à cette option ? Mais ce ſeroit lui conteſter la diſpoſition de tous les biens qui excèdent la Légitime ; car en donnant à ſon fils l'alternative, le père ne fait autre choſe que diſpoſer de cet excédent ; il le donne à ſon fils, ſous la condition que celui-ci

renoncera à sa Légitime, & il en dispose au profit d'un étranger, au cas que cette condition manque. Il est vrai que par là le père devient indirectement le maître de la Légitime de son fils; mais il n'y a rien en cela qui doive surprendre; c'est le droit de tous les testateurs de pouvoir exiger des légataires le sacrifice de leurs droits: celui qui lègue à un autre peut lui ordonner, pour condition de la libéralité qu'il lui fait, de renoncer à une créance qu'il a sur la succession, ou de faire présent à un tiers d'une partie de son propre bien: ainsi, que la Légitime soit un bien propre au fils ou une créance qu'il a contre son père, il doit être libre à celui-ci de la grever de substitution en faisant un legs dont cette charge forme la condition.

L'ordonnance de 1747 fournit un argument qui vient à l'appui de ces réflexions. Elle défend expressément, titre 1, articles 13, 14 & 15, de grever de substitution les biens que l'on a donnés entre vifs sans charge de cette espèce, parce que la chose donnée appartient au donataire, & que le donateur n'y a plus aucun droit; cependant l'article 16 ajoute: » N'entendons rien innover par » les articles 13, 14 & 15, en ce qui concerne » les dispositions par lesquelles le donateur feroit » une nouvelle libéralité au donataire, soit entre » vifs ou à cause de mort, à condition que les » biens qu'il lui a précédemment donnés demeu- » reroient chargés de substitution; & en cas que » le donataire accepte la nouvelle libéralité faite » sous ladite condition, il ne lui sera plus permis » de diviser les deux dispositions faites à son profit, » & de renoncer à la seconde pour s'en tenir à la » première, quand même il offriroit de rendre les

» biens compris dans la disposition avec les fruits » par lui perçus «.

S'il est permis, suivant cet article, à un donateur de grever de substitution la chose qu'il a donnée & qui n'est plus à lui; si, pour acquérir ce droit, il suffit qu'il fasse au donataire une nouvelle libéralité sous cette condition, comment peut-on prétendre qu'un père n'a pas le droit de substituer la Légitime en léguant à son fils le surplus de ses biens?

La loi 36, C. *de inofficioso*, & le chapitre 3 de la novelle 18, ne doivent faire aucune impression, parce qu'elles sont dans le cas d'un legs ou d'une institution faite au profit du légitimaire, sans déclaration de la part du testateur, qu'il entend que son fils choisisse entre ce legs & sa Légitime. Il n'est pas étonnant que dans l'incertitude de l'intention on décide en faveur du légitimaire, & qu'on lui permette de réunir la Légitime avec le legs: mais dans l'espèce actuelle il s'agit d'un testament qui défendroit littéralement cette réunion.

Ces principes que nous avons extraits d'un mémoire imprimé de M. de Laune, avocat au parlement de Paris, semblent au premier abord victorieux & insurmontables: cependant il est certain que ceux de M. le président Espiard sont plus conformes à l'esprit de la loi *scimus*; & c'est une erreur de croire que ce magistrat auroit pris un autre parti, si l'ordonnance de 1747 avoit été donnée lorsqu'il écrivoit: le cas de l'article 16 du titre 1 de cette ordonnance, est bien différent de celui de la loi citée. Qu'un donataire soit obligé d'opter entre la substitution d'un bien qui lui avoit été donné libre, & la privation d'une

nouvelle libéralité qui lui eſt offerte, il n'y a rien en cela que de juſte; la choſe donnée n'a point de privilége particulier; & la ſeule raiſon qui empêche le donateur de la ſubſtituer, étant parce qu'il n'y a plus aucun droit, s'évanouit lorſqu'il ajoute une nouvelle donation à la première, ſous la charge expreſſe de ſouffrir la ſubſtitution de celle-ci. La Légitime eſt bien plus favorable; c'eſt pour la ſubſtance des enfans qu'elle eſt établie; & la prohibition faite au père de la ſubſtituer ou de la convertir en uſufruit, n'a point d'autre motif que la crainte dans laquelle a été le légiſlateur que les enfans ne viennent à manquer de pain. C'eſt ce que prouvent nettement ces paroles de la novelle 18 : *Undè enim & in medio gubernentur & quotidianum habeant cibum, nihil eis de relicto, uxoris irâ, forſan & irrationabili intercedente, quæ eis etiam quotidianam gubernationem abripiat? Non licebit igitur de cætero ulli omninò filios habenti tale aliquid agere, ſed modis omnibus ei hujus legitimæ partis quam nunc deputavimus, & uſumfructum inſuper & proprietatem relinquat, ſi vult filiorum non repentè fame morientium, ſed vivere valentium vocari pater.*

La loi 6, C. *ad ſenatuſconſultum Trebellianum*, donne une nouvelle force à ces raiſons : l'empereur Zénon, qui en eſt l'auteur, y déclare que la quarte trébellianique dans les cas où elle ſera due aux enfans, ne pourra plus, comme dans l'ancien droit, être compenſée par les fruits que le grevé percevra pendant ſa jouiſſance; mais qu'elle ſera remplie en corps héréditaires, quand même le teſtateur l'auroit défendu expreſſément, *ut omnibus modis retentâ quartâ pro auctoritate*

Trebelliani ſenatuſconſulti, non per imputationem rei tuam, licet hoc teſtator rogaverit vel juſſerit, ſed de ipſis rebus hereditariis dodrans reſtituatur. Ce texte s'applique ici avec d'autant plus de juſteſſe, qu'il a été fait dans un temps où la quarte trébellianique tenoit lieu de Légitime aux deſcendans, comme on le prouvera ci-après, & que par conſéquent on peut le regarder comme le modèle de la loi *ſcimus* à laquelle il eſt antérieur de 142 ans.

Cependant il faut convenir que l'on trouve des arrêts contraires au ſentiment de M. Eſpiard. Augeard en rapporte un du 17 mars 1698, qui confirme une ſentence des requêtes du palais, par laquelle un fils légataire étoit condamné d'entretenir la ſubſtitution univerſelle dont ſon père l'avoit grevé au profit de ſes enfans, & ſubſidiairement de ſon frère & de ſa ſœur, *ſi mieux il n'aimoit ſe contenter de ſa Légitime, auquel cas le ſurplus de cette Légitime ſeroit mis entre les mains de ſon frère & de ſa ſœur, qui donneroient bonne & ſuffiſante caution de rapporter le principal & les intérêts aux enfans du légataire univerſel, en cas qu'il en eût.*

Il y a auſſi dans M. Pollet un arrêt du parlement de Flandre du mois de novembre 1672, qui juge, » que la Légitime peut être chargée de » ſubſtitution par les pères & mères qui laiſſent » à leurs enfans une portion plus forte que la » Légitime «.

Mais nous pouvons oppoſer à ces arrêts ceux des 1 avril 1686 & 19 février 1704, rapportés ci-deſſus. En effet, dans l'eſpèce du premier, le père avoit déclaré, qu'*avenant que ſes enfans ſubſtitués ou aucuns d'eux ſe pourvuſſent contre ſes inten-*

tions portées par ſon teſtament, il vouloit que celui ou ceux qui y contreviendroient fuſſent réduits pour toute part qu'il ou qu'ils pourroient prétendre en ſes biens, à la Légitime, telle qu'elle eſt reglée ſuivant la coutume de Paris. Il en étoit de même dans le cas du ſecond arrêt ; le teſtateur avoit terminé ſes diſpoſitions par cette clauſe : *Je veux de plus que ſi quelqu'un de mes enfans refuſoit de ſouſcrire à cette ſubſtitution, il ſoit réduit à ſa Légitime.* Ces deux arrêts ont donc jugé que l'alternative de la Légitime & de la ſubſtitution doit être rejetée, comme contraire aux diſpoſitions des loix & à la juſte faveur qu'elles accordent à la portion légitimaire.

On objecte que ces déciſions ont eu pour motif le défaut des pères d'avoir appelé quelqu'un pour recueillir l'excédent de la Légitime : mais cette circonſtance, qui eût été déciſive dans le cas où les teſtateurs n'auroient fait que des legs particuliers, & qu'aucun de leurs héritiers légaux n'eût pris qualité, étoit abſolument indifférente dans les eſpèces dont il s'agiſſoit alors, parce que les frères & ſœurs des légitimaires grevés de ſubſtitution étoient nommés légataires univerſels, & que par conſéquent c'étoit à eux qu'auroit dû accroître l'excédent de l'uſufruit ſur la Légitime, ſi l'alternative propoſée par les teſtateurs eût été jugée valable.

Ce qu'ont décidé ces arrêts a pareillement été adopté par une ſentence arbitrale rendue à Bordeaux en 1674, & rapportée dans le recueil de la Peyrere.

Il réſulte clairement de tous ces détails, que les héritiers ou ayans-cauſe d'un fils grevé d'une ſubſtitution univerſelle, ne ſont pas obligés, en

demandant la distraction de sa Légitime après sa mort, d'y imputer les fruits dont il a joui au delà de ce qui pouvoit lui appartenir pour sa Légitime. Mais c'est une question s'il en doit être de même lorsque ce sont des père, mère, ou autres ascendans qui sont grevés de substitution. Grassus, Fachini, Mornac, la Peyrere & plusieurs autres auteurs tiennent la négative; & Papon rapporte un arrêt du parlement de Grenoble de l'an 1460, qui a confirmé cette opinion. On la fonde sur les textes de l'ancien droit que l'on prétend n'avoir point été corrigé par le nouveau. En effet, la loi 8, §. 11, D. *de inofficioso testamento*, décide nettement que la Légitime & la quarte trébellianique reçoivent l'imputation des fruits échus pendant la jouissance du grevé; la loi 6, C. *ad senatusconsultum Trebellianum*, déroge à cette disposition pour les enfans; mais elle déclare expressément que l'on suivra les anciennes règles à l'égard des autres personnes; & la fameuse loi *scimus*, qui est postérieure, comme nous l'avons dit, de 142 ans à cette constitution, ne parle que des enfans.

Cependant Peregrini, Ferriere sur Guy-Pape, M. le président Favre, Ricard & une foule d'autres jurisconsultes soutiennent qu'il ne faut mettre à cet égard aucune différence entre les enfans & les ascendans; leur sentiment a même été adopté par deux arrêts du parlement de Toulouse des 3 février 1583 & 2 juin 1631, rapportés par M. de Cambolas; & l'on peut dire qu'il ne seroit pas possible de s'en écarter sans violer à la fois l'esprit & la lettre de la loi 32, C. *de inofficioso*: cette constitution, qui est une de celles qu'a faites l'empereur Justinien pour corriger la rigueur de l'ancienne

l'ancienne jurisprudence à l'égard de la Légitime, décide expressément que tous ceux qui ont droit à une portion de cette nature, *qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant*, doivent l'avoir franche & exempte non seulement de toutes charges, mais encore de tous délais, *ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcumque onus introducens, tollatur, & ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.* Or il est évident que ce seroit apporter des délais à la délivrance de la Légitime des ascendans, que de les obliger à y imputer les fruits des biens qui leur sont laissés à charge de fidéicommis; puisque les fruis n'échéant que peu à peu, la portion légitimaire ne s'en trouveroit acquittée qu'un certain temps après la mort du testateur.

On a élevé au parlement de Provence la question de savoir si le légitimaire doit imputer les biens qui étoient substitués en sa faveur dans la personne du défunt; & la négative a été prononcée par arrêt du 28 juin 1675, inséré dans le recueil de Boniface. Cette décision ne peut souffrir la moindre difficulté d'après la loi *scimus*, qui ordonne de n'imputer que ce qui provient du propre patrimoine du père, *ex ipsâ substantiâ patris.*

Si cependant les biens substitués n'avoient été censés former entre les mains du défunt qu'un seul & même patrimoine avec ceux qui lui appartenoient, l'imputation auroit lieu d'après la loi même que nous venons de citer. Voici l'espèce de cette exception. Une femme institue son mari héritier universel & lui donne droit d'élire un de ses enfans par testament. Le père les ins-

titue tous également, & faisant entre eux la distribution & le partage de sa succession & de celle de sa femme, il ordonne qu'une des filles aura tous les biens maternels : celle-ci veut recueillir tous ces biens & prendre encore une Légitime dans l'hérédité paternelle ; par arrêt du parlement de Toulouse, rapporté dans M. de Cambolas, livre 1, chapitre 10, il lui est ordonné de se contenter de son assignat, si mieux elle n'aime se réduire à la Légitime dans les biens maternels comme dans les biens paternels. La raison de ce jugement a été, que par l'institution tous les enfans étoient appelés également à l'une & à l'autre succession ; que le partage de deux hérédités produit une subrogation légale des biens paternels aux biens maternels & *vice versâ*, lorsqu'il est fait par les cohéritiers entre eux, & que par conséquent il doit avoir le même effet lorsqu'il est l'ouvrage du testateur même.

Le legs que fait un mari à sa femme en cas qu'un de leurs enfans communs vienne à mourir avant elle sans postérité, doit-il être imputé dans la Légitime de la légataire ? Il y a dans Papon deux arrêts contraires sur cette question ; l'un rendu au parlement de Paris le 12 juillet 1571 pour l'affirmative ; l'autre émané du parlement de Bordeaux le 1 juillet 1593 pour la négative : cette dernière opinion est encore appuyée sur un arrêt du parlement de Toulouse du 15 juin 1577, rapporté par M. Maynard, & elle paroît très-juste dans l'espèce sur laquelle sont intervenues les deux décisions qui l'ont adoptée, c'est-à-dire, dans le cas d'une substitution pupillaire tacite, parce qu'alors le fils est censé disposer par les mains de son père, & que par consé-

quent on doit regarder le legs que celui-ci a fait à la mère, comme l'effet de la libéralité de celui-là. Mais dans toute autre circonstance, il faut suivre l'arrêt du parlement de Paris, comme plus favorable à la Légitime & plus conforme à l'esprit de la loi *scimus*.

Les prélegs, c'est-à-dire, les legs par préciput ne s'imputent jamais; Automne sur la loi 30, C. *de inofficioso testamento*, dit que la chose a été ainsi jugée au parlement de Bordeaux le 14 avril 1587, & elle l'a été de même au parlement de Paris par arrêt du 21 avril 1594, rapporté par Bouchel en sa bibliotheque du droit François. Voyez ce que nous dirons ci-après des donations par préciput.

Seconde classe des choses sujettes à l'imputation.

La dot qu'un ascendant a constituée à sa fille ou petite-fille en la mariant, doit être imputée dans la Légitime qu'il est obligé de lui laisser. La loi 29, C. *de inofficioso testamento*, le décide ainsi formellement (*), & sa disposition est reçue dans tous les pays.

Mais il faut pour qu'elle ait lieu, que la dot

(*) Cùm pater vel mater, pro filiâ dotem vel pro filio antè nuptias donationem, vel avus paternus aut maternus, vel avia paterna aut materna pro suâ nepte aut pro suo nepote, vel proavus itidem paternus aut maternus, vel proavia paterna aut materna pro suâ pronepte vel pro suo pronepote dederit, non tantùm eandem dotem vel donationem conferri, verum etiam in quartam partem ad excludendam inofficiosi querelam, tàm dotem datam quàm ante nuptias donationem præfato modo volumus imputari, si ex substantiâ ejus profecta sit de cujus hereditate agitur.

ait été fournie par celui sur la succession duquel il s'agit de prendre une Légitime ; c'est la restriction que la loi y met elle-même, *si ex substantiâ ejus profecta sit, de cujus hereditate agitur.* Ainsi une petite-fille n'est point tenue d'imputer dans la Légitime que lui doit son aïeul la dot qui lui a été constituée par son père prédécédé.

Par la même raison, la dot constituée par un père & une mère, dans le temps qu'ils étoient en communauté, ou par un veuf pendant que la communauté continuoit faute d'inventaire, ne doit être imputée que pour la moitié dans la succession de celui des conjoints qui a réduit sa fille à une portion légitimaire : c'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Flandres du 15 juillet 1698, rapporté par M. Pollet.

Mais la dot qui a été promise & constituée par un beau-père, conjointement avec la mère convolée en secondes noces, doit être imputée pour le tout dans la succession de celle-ci, parce que le beau-père n'est censé avoir paru au contrat de mariage de la fille, que pour autoriser sa femme, & qu'il faut pour régler l'imputation, considérer non la personne qui a fait la promesse, mais celle qui l'a remplie. La chose a été ainsi jugée par un arrêt du sénat de Chambéry, rendu le 5 juillet 1583, & inséré dans le code de M. le président Favre. Si cependant il étoit prouvé que le beau-père eût réellement fourni la moitié de la dot, l'imputation n'auroit lieu dans la succession de la mère que pour l'autre moitié ; c'est la conséquence nécessaire des derniers termes de la loi 29, C. *de inofficioso testamento.*

On convient assez généralement que les petits-

enfans ſont obligés d'imputer la dot qui a été donnée à leur mère prédécédée, lorſqu'ils viennent par droit de repréſentation ; & il a été jugé aux parlemens de Paris & de Provence, qu'en ce cas la perte ou la diſſipation de la dot ne les exempte pas de l'imputation : les arrêts dont nous parlons ſont des 31 avril 1605 & 23 décembre 1655, & ils ſont rapportés par M. Louet & Duperrier.

Nous avons dit ci-deſſus, ſection 5, §. 3, que les filles mariées même ſans dot n'ont point de Légitime en Normandie ; qu'elles n'en ont pas non plus en Bourbonnois, lorſqu'elles ſont dotées ; mais que leur excluſion dans ces deux coutumes n'empêche pas qu'elles ne puiſſent exercer, dans les endroits où elles ne ſont pas exclues, tous les droits de ſucceſſion ou de Légitime que leur donne la loi de la ſituation.

De là naît ici une queſtion très-épineuſe. En voici l'eſpèce. Un homme a des enfans de l'un & de l'autre ſexe ; ſes biens ſont répandus dans les coutumes de Normandie, de Bourbonnois, de Nivernois & de Paris : il marie ſes filles, en leur aſſignant des dots, & enſuite il meurt. Les filles demandent un ſupplément de Légitime dans la coutume de Nivernois, qui ne les exclut que ſous cette réſerve, & dans celle de Paris qui ne les exclut point du tout. Queſtion de ſavoir ſi elles ſeront obligées d'imputer leurs dots, tant ſur les biens ſitués dans la coutume de Bourbonnois, qui n'admet point de ſupplément, que dans celle de Normandie, où la ſeule *maritation* eſt excluſive de tout droit de Légitime & d'hérédité.

Les filles dotées ſoutiennent qu'elles ne doivent

rien imputer, parce que la dot qu'elles ont reçue leur tient lieu de Légitime pour les biens situés dans les coutumes de Bourbonnois & de Normandie ; & subordinément elles prétendent que si l'on pouvoit les obliger à cette imputation, il faudroit au moins imputer & répartir la dot sur les biens répandus dans les quatre coutumes proposées.

Ces moyens tendent, comme on le voit, à faire adjuger aux filles une Légitime entière dans les coutumes de Nivernois & de Paris, sans aucune diminution de la dot qu'elles ont reçue, ou au moins à répandre & imputer cette même dot sur tous les biens, pour d'autant moins diminuer leur Légitime dans les deux coutumes que nous venons de citer.

On convient assez généralement que le premier chef de ce système est mal fondé, & tout le fort de la question tombe sur le second. Les uns prétendent que l'on ne peut rien imputer de la dot sur la coutume de Normandie ; les autres, que l'on doit tout imputer sur cette coutume, hors l'excédent de ce qu'elle permet de donner à la fille mariée ; & il y a une troisième opinion, qui est de faire la répartition sur toutes les coutumes indistinctement.

Pour le premier parti, on dit que le père en dotant sa fille est présumé vouloir se libérer envers elle & affranchir ses biens de l'obligation dont ils sont chargés à cet égard ; que la coutume de Normandie n'exige pas de dotation, mais seulement la *maritation* ; qu'ainsi le père n'a ajouté la dot au mariage que par rapport aux autres coutumes qui en chargent ses biens.

Pour le second parti, on dit que la coutume

de Normandie n'a pas défendu au père de doter; qu'elle s'en eſt rapportée à ſa tendreſſe & à ſa prévoyance; qu'ainſi il n'agit pas contre elle lorſqu'il dote; qu'il ne fait au contraire qu'obéir à ſes vues, puiſqu'elle exige que la fille ſoit mariée, & qu'il n'eſt guère poſſible de la marier ſans la doter; que l'on doit donc préſumer de la part du père qui dote, une intention formelle de corriger la dureté de cette coutume, & que par conſéquent on ne doit imputer la dot que ſur les biens ſitués dans ſon territoire, à moins que cette dot n'excède le taux de ce qu'elle permet au père de donner à ſa fille.

Pour le troiſième parti, on dit que la répartition ſur toutes les coutumes eſt plus conforme au vœu des loix; que toutes veulent le mariage des filles; que toutes y doivent contribuer quand le père a doté; que la dot eſt une eſpèce de dette, & que par cette raiſon elle doit ſe répandre ſur toute la fortune du père On ajoute que ce ſyſtême eſt inconteſtable pour le cas où les filles ſont dotées en deniers, parce que l'argent comptant a une certaine aptitude à ſe répartir ſur tous les biens, & à ſuivre la deſtination du père en qui l'on doit toujours préſumer le deſſein de remplir le vœu de chaque coutume.

Boullenois propoſe un milieu entre ces différens partis; voici comme il s'explique: » Je » ne crois pas que l'imputation ne doive jamais » ſe faire ſur les coutumes de ſimple mari- » tation, & je crois le contraire dans le cas où » la fille eſt dotée d'un bien ſitué dans quelques- » unes de ces coutumes, parce qu'elles n'excluent » pas la dotation, qui eſt le vœu tacite de la loi, » lorſque le père ne peut parvenir à la maritation

» que par ce moyen, & ce parti eſt plus accom-
» modé à la tendreſſe naturelle.

» Je ne crois pas non plus que l'imputation
» doive ſe faire uniquement ſur toutes les cou-
» tumes de ſimple maritation ; c'eſt, ſelon moi,
» porter trop loin la prévoyance du père qui ne
» s'explique pas, & c'eſt bleſſer la réalité des cou-
» tumes.

» Je ne crois pas encore qu'il faille imputer
» ſur toutes les coutumes généralement quelcon-
» ques ; les principes de la réalité s'oppoſent encore
» à cette imputation.

» Mais j'eſtime que ces queſtions ſe décident
» par la loi qui régit les biens dont le père dote,
» & par la qualité que la fille prend dans la ſuc-
» ceſſion.

» Si le père dote en biens régis par une cou-
» tume de ſimple maritation, & que la fille ſe
» porte héritière ailleurs, comme cette coutume
» n'exclut pas la dotation, la fille doit imputer
» dans cette coutume tout ce qu'il étoit permis
» de lui donner entre vifs ou par teſtament, &
» le ſurplus, s'il y en a, ſur les coutumes qui
» lui déférent ſa portion héréditaire : mais audit
» cas, cette fille ne prendra ni ſupplément ni même
» de Légitime dans les autres coutumes, en étant
» préſumée remplie par ſa qualité d'héritière.
(Voyez ci-après, *troiſième claſſe des choſes ſujettes à l'imputation*).

» Si, étant dotée de biens régis par une cou-
» tume de ſimple maritation, elle ſe porte légi-
» timaire, en ce cas je lui laiſſe par droit de
» retention dans cette coutume ce qu'elle a reçu
» qui n'excède pas ſa Légitime ; & je lui donne
» Légitime ou ſupplément de Légitime dans les

» autres, excepté dans celles de simple marita-
» tion où elle n'a rien reçu, parce que quand
» elle s'y présente, elle y porte sa qualité de
» mariée.

» Que si le père dote en effets régis par des
» coutumes de non exclusion, elle n'imputera
» rien sur les coutumes de simple maritation,
» par la raison ci-dessus, que la fille étant
» mariée d'effets non régis par ces coutumes, elle
» n'a rien à y imputer, puisqu'elle n'en a rien reçu,
» & n'a rien à y demander, puisqu'elle est
» mariée.

» Il en est de même dans les coutumes qui
» refusent un supplément. Je donne à la fille
» Légitime entière, quand elle a été dotée de
» biens de ces coutumes; il y a même raison de
» retention, le tout néanmoins quand la dot équi-
» polle à la Légitime : autrement la fille doit se
» contenter de conserver ce qu'elle a reçu dans
» ces coutumes, & la Légitime est à fournir dans
» les autres «.

La loi 29, C. *de inofficioso testamento*, soumet aussi à l'imputation les donations en faveur de mariage qui ont été faites aux enfans mâles, & notre jurisprudence s'y est conformée sans difficulté. Les parlemens de Toulouse & de Douai l'ont ainsi jugé; le premier par arrêts des 6 mai 1626 & 29 août 1628, rapportés par M. de Cambolas; le second par un autre du 15 juillet 1698, inséré dans le recueil de M. Poller.

Ce dernier arrêt a encore décidé que les petits-enfans doivent imputer la donation en faveur de mariage que l'aieul a faite au père prédécédé.

Le parlement de Grenoble a également jugé par arrêt du 7 mars 1677, rapporté par Chorier, que » si après la mort de leur père les » enfans demandent Légitime sur les biens de » leur aïeul, ils doivent imputer ce qu'ils ont » reçu de l'augment constitué à leur père dans » son contrat de mariage, parce qu'il est aussi » venu des biens de leur aïeul «.

Il y a encore dans le recueil de M. de Catelan un arrêt du parlement de Toulouse du 11 avril 1681, » par lequel les petits-fils demandeurs en supplément de Légitime sur les biens » de leur aïeul qui leur avoit fait un legs modique, furent condamnés à imputer la somme » de 900 livres que leur aïeul avoit données à » leur père en le mariant, sous la condition de » les imputer sur les droits paternels. Cette dernière clause n'entra pas dans les raisons qui déterminèrent les juges à ordonner cette imputation, puisque toute donation faite par le père » à ses enfans dans leur contrat de mariage, est » toujours faite en avancement d'hoirie pour être » imputée sur leurs droits, quoiqu'il n'y ait point » de stipulation expresse pour cette imputation «.

A l'égard des donations ordinaires, elles ne s'imputent, suivant une disposition textuelle de la loi 35, §. 2, C. *de inofficioso*, que lorsqu'elles ont été faites sous cette condition : c'est ce que prouvent clairement ces termes du texte que nous venons de citer, *quandò pater minùs legitimâ portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis causâ donatione, vel inter vivos sub eâ conditione ut hæc inter vivos donatio in quartam ei computetur.....*

Mais cette disposition doit-elle être observée

dans nos mœurs ? Cujas en sa consultation 24, & Loyseau en son traité des offices, tiennent l'affirmative ; & M. le président Favre nous a conservé un arrêt du sénat de Chambéry du 10 avril 1593 qui l'a adoptée formellement. On prétend même que cela a été aussi jugé par un arrêt du parlement de Provence du 13 mai 1608, rapporté par Duperrier, d'après les mémoires de M. de Thoron.

Tous les auteurs François pensent autrement ; mais aucun d'eux ne paroît avoir saisi la véritable raison pour laquelle nous devons nous écarter sur ce point de la décision expresse du droit Romain ; la voici. Dans le temps de la promulgation de la loi 35, C. *de inofficioso testamento*, Justinien n'avoit pas encore soumis toutes les donations entre vifs au retranchement de la Légitime ; cette charge ne concernoit alors que les donations inofficieuses *ab initio*, & par conséquent on ne pouvoit régulièrement avoir égard, en déterminant la Légitime, qu'aux biens que le défunt laissoit en mourant ; aussi la loi 6, C. *de inofficioso testamento*, en contenoit-elle une disposition formelle. Mais la novelle 92 a établi un nouvel ordre de choses en ordonnant le retranchement des donations qui préjudicioient à la Légitime, sans avoir été faites dans l'intention précise de la frauder : depuis l'émanation de cette loi, lorsqu'il s'agit de régler la Légitime d'un enfant, on doit considérer la succession comme réunissant toutes les choses données qui y seroient comprises si le défunt ne les en avoit pas distraites. Cette règle est aujourd'hui sans contradicteurs, & l'article 34 de l'ordonnance de 1731 l'a consacrée ; car cet article suppose & décide

virtuellement que la Légitime doit être prise sur toute la masse des biens trouvés dans la succession, *& eu égard à la totalité des biens compris dans les donations entre vifs*, soit que ces donations aient été faites à un enfant ou à un étranger, soit qu'elles n'aient eu d'autre cause que la pure libéralité, ou qu'elles aient été motivées par des raisons particulières, comme les dots, les donations rémunératoires, en un mot, rien n'est excepté. D'après cela, pourquoi voudroit-on qu'une donation faite à un légitimaire ne dût pas être considérée pour la fixation de la Légitime ? La loi ne le dit point, & il n'y a aucune raison pour le prétendre. C'est une donation de la même nature que les autres, le donateur n'a certainement pas eu l'intention de la soustraire à la contribution de la Légitime ; encore moins a-t-il voulu que, recevant ce bienfait de sa main, on pût se dispenser de lui en tenir compte, l'accuser de n'avoir fait que ce qu'il devoit, & demander une Légitime entière comme s'il n'avoit rien donné. Il faut donc considérer la chose donnée au légitimaire comme existant dans la succession, & supposer ensuite qu'il l'en tire en vertu de la volonté du défunt ; ce qui amène nécessairement cette conséquence, que l'imputation ne peut en être éludée par quelque prétexte que ce soit.

Aussi la jurisprudence des tribunaux François est-elle constante & uniforme sur ce point. Les annotateurs de la Peyrere, lettre D, n. 81, assurent que le parlement de Bordeaux est dans l'usage d'imputer toutes les donations entre vifs.

Duperrier atteste la même chose pour le parlement de Provence. » Nous imputons, dit-il, » sur la Légitime des enfans toutes les donations

» qui leur ſont faites par les pères & mères, » pour quelque cauſe & en quelque façon que ce » ſoit, ſans aucune exception «. L'arrêt de 1608 rapporté ci-deſſus, ne détruit pas cette propoſition, témoin ce qu'en dit l'aditionnaire de cet auteur: » M. de Thoron remarque que le père » avoit inſtitué héritier un laquais au préjudice de » ſon fils, & que la haine d'un pareil héritier qui » eût profité de l'imputation, fut le principal » motif de l'arrêt. Il ajoute *an benè?* il auroit pu, » ſans craindre d'outrer la matière, ſubſtituer à ces » mots celui-ci, *peſſimè* «.

M. d'Olive rend le même témoignage de la juriſprudence du parlement de Toulouſe. » Cette » cour, dit-il, juge le contraire (de la loi 35, » §. 2, C. *de inofficioſo*), faiſant imputer en la » Légitime ce que les enfans ont reçu de leur père » par donation ſimple & entre vifs, ſoit qu'il l'ait » ainſi expreſſément ordonné, ou qu'il n'en ait » point parlé du tout: car bien que la donation ne » ſoit pas conçue en termes qui puiſſent induire » l'imputation, la cour toutefois, à l'exemple de ce » grand Papinien, eſtime que la penſée du dona- » teur eſt étendue plus avant que l'écriture, *plus* » *dictum, minus ſcriptum* «.

Que cette maxime ſoit auſſi reçue au parlement de Rouen, c'eſt une vérité dont on ne peut douter à la vue de l'article 401 de la coutume de Normandie, conçu en ces termes: *Et ne pourront les enfans accepter ledit tiers, ſi tous enſemble..... ne rapportent toutes donations & autres avantages qu'ils pourroient avoir eus de lui.*

Le parlement de Flandre a fait voir par un arrêt du 14 février 1775, que ſes principes ſont les mêmes à cet égard que ceux des autres cours ſou-

veraines du royaume. La veuve du ſieur Boniface avoit fait marché pour quarante-cinq raſières de terre : pour obvier à la multiplicité des reliefs & des formalités occaſionnées par les mutations, elle propoſa à ſes cinq enfans de paſſer le contrat en leur nom & d'en payer elle-même le prix ; ce qui fut exécuté. Après ſa mort, les enfans d'une de ſes petites-filles demandèrent leur Légitime, & prétendirent n'y pas imputer le cinquième du prix de l'acquiſition, quoiqu'ils en euſſent profité juſqu'à cette concurrence : mais l'arrêt cité, rendu au rapport de M. Malotau, les a condamnés à ſouffrir cette imputation. Ils avoient cependant une raiſon particulière pour s'en excuſer. L'avantage que leur aïeule avoit fait à leur mère étoit commun à tous les frères & ſœurs de celle-ci. Or, diſoient-ils, pour imputer une donation dans la Légitime, il faut en faire une eſpèce de rapport ; & comme le rapport n'a été introduit que pour établir l'égalité entre les enfans, il doit ceſſer dès que tous les enfans ſont gratifiés également. Mais, répondoit-on, ce principe n'eſt pas vrai ; ſi l'on ne devoit imputer ni rapporter que pour conſerver l'égalité entre les enfans, le légitimaire ne ſeroit jamais tenu de faire l'un ni l'autre, puiſqu'il n'eſt jamais égal aux vrais héritiers.

Cet arrêt juge donc trois points eſſentiels : 1°. que toute donation ſimple eſt ſujette à l'imputation dans la Légitime : 2°. que cette règle n'a pas moins lieu dans le cas d'une libéralité faite à tous les enfans, & à laquelle par conſéquent les frères & ſœurs du légitimaire ont eu part comme lui, que dans le cas où il auroit été ſeul avantagé : 3°. que les petits-enfans demandant une Légitime dans la ſucceſſion de leur aïeul, ſont

obligés d'imputer les donations faites à leur père prédécédé.

Ce dernier point eſt ſans difficulté lorſque les petits-enfans ſont héritiers de leur père. » Cette » qualité, dit M. de Catelan, qui fait qu'ils repré- » ſentent leur père, les oblige à l'imputation ; & » ſi on les en diſpenſoit, ils ſe trouveroient » prendre double Légitime ſur les biens de cet » aïeul ; l'une par les mains du père auquel ils » ſuccèdent, & l'autre par leurs mains «.

Mais la queſtion eſt plus douteuſe à l'égard des petits-enfans qui ont répudié l'hérédité de leur père. Fernand & le Brun ſoutiennent qu'ils ne doivent pas imputer ce qui a été donné à celui-ci par l'aïeul ; & leur opinion peut être appuyée d'un arrêt du 15 août 1537, par lequel il a été jugé, ſuivant Deſpeiſſes, que l'imputation de la dot n'a point lieu en ce cas, quoiqu'elle ſoit de rigueur dans la thèſe générale, comme nous l'avons fait voir.

La raiſon ſur laquelle on fonde cette réſolution eſt, que les petits-enfans ſuccèdent de leur chef à l'aïeul, ou qu'au moins s'ils viennent par droit de repréſentation, cette fiction ne portant que ſur le degré, & non ſur la perſonne, ne fait que les rapprocher du défunt, ſans que le droit qu'ils ont à ſes biens ceſſe de leur être propre & perſonnel.

Mais cette raiſon n'a qu'une vaine apparence de ſolidité, & Dumoulin la rejette formellement en ſon conſeil 35 *de dote*. Il eſt certain que les petits-enfans ne prennent une Légitime dans la ſucceſſion de leur aïeul, que par l'effet de la repréſentation, qui les ſubroge à tous les droits de leur père. Cela poſé, comment pourroient-ils

éviter une imputation à laquelle celui-ci n'auroit pu se soustraire ? La loi 6, §. 1, D. *de heredibus instituendis*, décide que les petits-fils deviennent, par le prédécès de leur père, de même condition que lui, relativement à l'aïeul, *ad filii conditionem rediguntur*; & le bon sens nous dit que le représentant ne peut avoir plus de droit que la personne représentée. La distinction que l'on fait entre la représentation du degré & celle de la personne, ne peut être ici d'aucun usage, parce qu'il est de toute évidence que les petits-enfans, dans l'espèce proposée, ne représentent pas seulement le degré, mais encore la personne de leur père. En effet, on a vu plus haut, & tout le monde convient qu'ils ne peuvent demander tous ensemble que la Légitime à laquelle auroit pu prétendre l'auteur de leurs jours, s'il n'étoit pas prédécédé ; & cependant si ce n'étoit pas sa personne qu'ils représentassent, si ce n'étoit pas sur ses droits que les leurs dussent se mesurer, ils auroient chacun une Légitime égale à celle de leurs oncles & tantes. D'ailleurs, l'équité peut-elle souffrir que la condition de ceux-ci soit plus désavantageuse par le prédécès de leur frère, qu'elle ne le seroit s'il avoit survécu ? & puisque dans ce dernier cas ils seroient fondés à demander l'imputation de la libéralité qui lui a été faite, pourquoi n'auroient-ils pas le même droit dans le premier ?

» Le parlement de Toulouse, dit M. Maynard, » a toujours jugé suivant cette opinion, quand » les neveux viennent & se trouvent faire con» cours avec les oncles ou tantes «. C'est ce que M. de Catelan confirme par un arrêt du 24 novembre 1666, dont il retrace ainsi l'espèce : » L'Es» pinasse ayant laissé quelques enfans, avoit institué

» un

» un petit-fils, dont le père étoit prédécédé : deux » autres petits-fils, qui avoient également perdu » le leur, demandoient une Légitime sur les biens » de leur aïeul, après avoir répudié l'hérédité de » leur père prédécédé ; l'héritier institué prétendoit » qu'ils devoient imputer la somme de 5000 liv. » Cette somme avoit été baillée en parcelles, en » diverses fois, & en différens temps, par l'aïeul » au père des demandeurs, qui négocioit & ha- » bitoit séparément de lui, & il avoit été enfin » passé une liquidation entre cet aïeul & le père » des demandeurs, par laquelle toutes les sommes » par lui reçues s'étoient trouvées revenir à la sus- » dite somme de 5000 livres, que le père des » demandeurs pour lui & ses successeurs à l'avenir » avoit promis de précompter sur ses droits pa- » ternels & maternels ; c'étoit cette somme dont » l'héritier demandoit l'imputation, & dont les » demandeurs se défendoient pour avoir répudié » l'hérédité de leur père qui l'avoit reçue. L'arrêt » ordonne l'imputation «.

Cette jurisprudence admet pourtant une exception dans le cas où l'aïeul n'a eu qu'un seul fils, & où par ce moyen les petits-enfans n'ont point de concurrens d'une autre souche : c'est la conséquence nécessaire des principes mêmes que nous venons d'établir, puisqu'alors il n'y a point de représentation, & qu'ainsi les petits-enfans succèdent ou prennent une Légitime de leur propre chef & par un droit qui leur est personnel. Aussi M. Maynard limite-t-il expressément la maxime qu'il dit être consacrée par les arrêts du parlement de Toulouse, aux petits-enfans *qui viennent & font concours avec les oncles ou tantes* : il

pouvoit ajouter, *& avec d'autres petits-enfans d'une ſouche différente.*

Le fils eſt-il obligé d'imputer dans ſa Légitime ce qui a été donné à ſes enfans par leur aïeul ? L'affirmative ne ſouffriroit pas le moindre doute, ſi l'on pouvoit argumenter du rapport à l'imputation, & que l'on appliquât à l'une les principes que le droit François a adoptés relativement à l'autre ; car les coutumes & les arrêts ont aſſujetti les enfans à rapporter dans la ſucceſſion de leur père les donations faites par celui-ci aux petits-enfans. Mais, 1°. c'eſt un principe conſtant & fondé ſur une loi citée au commencement de ce paragraphe, que tout ce qui eſt ſujet au rapport ne s'impute pas dans la Légitime. 2°. Nous avons démontré à l'article ENFANT CHÉRI, que le droit François s'eſt éloigné de l'eſprit des loix Romaines en ordonnant au fils le rapport des donations faites aux petits-fils ; & c'eſt une vérité univerſellement reconnue, que toute diſpoſition contraire au droit commun doit être reſtreinte dans ſes termes précis (*). 3°. Obliger le fils d'imputer ce que ſes enfans ont reçu de ſon père, ce ſeroit impoſer à ſa Légitime une charge que la loi rejette ; ce ſeroit contrevenir à ces textes ſi formels, qui ordonnent de laiſſer cette portion en pleine propriété ; ce ſeroit même autoriſer un moyen de l'anéantir tout-à-fait ; car un aïeul qui voudroit priver ſon fils de la Légitime, n'auroit qu'à en donner la valeur à ſes petits-enfans ; par-là il l'obligeroit à l'imputation, & conſéquemment il lui ôteroit ou

(*) Quod contra rationem juris receptum eſt, non eſt producendum ad conſequentias. *L.* 14, D. *de legibus.*

du moins il transporteroit en d'autres mains ce que la loi assure à la personne même du fils.

On oppose que tout ce qui est donné aux enfans est censé donné au père. Mais si cette maxime étoit vraie dans toute son étendue, il en résulteroit que le fils chargé d'une substitution universelle envers ses enfans, ne pourroit pas en distraire sa Légitime; chose absurde, contraire à tous les principes de la matière & à la jurisprudence de tous les tribunaux. D'ailleurs, quand est-ce que la donation faite au petit-fils peut être regardée comme vraiment faite au fils? C'est, comme on l'a vu au mot ENFANT CHÉRI, & comme le prouve la loi 6, C. *de collatione bonorum*, lorsque l'aïeul déclare qu'il donne au nom de son fils, & qu'il s'agit d'une espèce de donation à laquelle ce dernier étoit obligé comme à une dette réelle, telle qu'est la dot, suivant le droit Romain. Dans le concours de ces deux circonstances, le fils est plutôt donataire que ses enfans, & il n'y a point de doute qu'il ne doive imputer: mais dans la thèse générale, il ne doit souffrir aucune imputation de ce que ses enfans ont reçu de leur aïeul, c'est pour ceux-ci une bonne fortune qui ne doit point tourner à son préjudice.

Les arrêts ne paroissent pas avoir varié sur ce point: les trois seuls que nous connoissions ont confirmé sans difficulté le sentiment que nous venons d'établir. » Il y en a un du 25 février 1669, » dit le Brun, qui a jugé la chose en termes pré» cis, entre les sieurs de Medavy & de Grancey, » d'une part, & dame Eléonor d'Estampes de » Valencey, veuve de M. de Mouchy d'Hocquin» court, maréchal de France, & messire Gabriel » de Mouchy d'Hocquincourt, d'autre part «.

» On n'impute point, dit Brillon, sur la Légitime de l'enfant ce qui a été donné à ses » enfans, qui sont les petits-enfans du donateur. » Le 31 août 1711, arrêt dans la succession de » Guy Truchot, en la troisième chambre des enquêtes, au rapport de M. Doublet.

» Le legs, dit le même auteur, qui est fait » par l'aïeul à sa petite-fille pour la marier, n'est » point imputable à la Légitime & quarte trébellianique du père, héritier grevé de l'aïeul. » Arrêt du parlement d'Aix, du 13 mars 1688 «.

L'argent qu'un père a prêté à son fils, ou un aïeul à son petit-fils, est sujet à l'imputation, parce que c'est la même chose pour le débiteur de payer ce qu'il doit à la succession, ou de le retenir à compte de ce que la succession lui doit.

Mais on demande si les petits-enfans qui ont renoncé à l'hérédité de leur père doivent imputer sur la Légitime qu'ils prennent dans la succession de leur aïeul, le prêt que celui-ci a fait à celui-là. Il sembleroit, d'après ce que nous avons décidé par rapport à la donation dont l'aïeul a gratifié son fils prédécédé, que l'imputation dût avoir lieu sans la moindre difficulté. Il y a cependant une différence entre ces deux cas : lorsqu'un père donne à son fils, son intention est d'acquitter d'avance une partie de la dette naturelle qui fonde le droit du donataire à la succession du donateur ; aussi toutes les donations en ligne directe sont-elles réputées en avancement d'hoirie, & forment-elles des propres comme les titres successifs. C'est de là que dérive l'obligation des petits-enfans d'imputer ce qui a été donné à leur père, lors même qu'ils ne sont pas ses héritiers : comme ils n'exercent que ses droits héréditaires, ils ne peuvent pas

demander une plus grande portion qu'il ne l'auroit fait lui-même, & par conséquent ils doivent tenir compte à l'aïeul de tout ce dont il s'est exproprié, pour faire de son fils une espèce d'héritier anticipé.

Il en est tout autrement à l'égard d'un prêt; c'est un acte de commerce qui se fait entre l'aïeul & le père, comme entre deux étrangers, & les petits-enfans n'en sont tenus qu'autant qu'ils sont héritiers du fils.

On opposera sans doute qu'ils représentent la personne de leur père, & que par-là ils sont soumis aux mêmes exceptions, & conséquemment tenus de souffrir les mêmes imputations que lui. Mais cette représentation n'est point générale; son effet est borné aux droits successifs; & l'étendre aux dettes personnelles, ce seroit rendre les petits-enfans héritiers de leur père contre leur propre volonté.

On objectera peut-être encore les arrêts qui ont obligé en pareil cas les petits-enfans de rapporter les deniers prêtés à leur père: mais cette objection est déjà détruite par ce que nous avons dit sur la question précédente; & nous trouvons dans M. de Catelan un arrêt du 11 avril 1681, qui a rejeté la conséquence que l'on vouloit tirer en cette matière de l'obligation de rapporter un prêt à celle de l'imputer. Par cet arrêt, dit-il, on » a décidé que les petits-fils devoient être dé» chargés de cette imputation, tant parce que les » sommes que le père prête à son fils, il les prête » comme un étranger à un autre étranger, que » parce que les prêts qui étoient allégués n'étoient » pas bien justifiés, & que les demandeurs en Légi» time opposoient une prescription, & que l'in-

» terruption de la prescription alléguée, au con-
» traire, n'étoit pas bien éclaircie «.

On a vu plus haut que le légitimaire n'impute point les biens qui étoient substitués en sa faveur dans la personne du défunt ; & il résulte nécessairement de là, que le petit-fils ne doit pas imputer dans la Légitime qu'il prend sur les biens de son père, la chose que ce dernier a reçue entre vifs de l'aïeul, à la charge de la lui restituer. Cette décision n'est pourtant pas générale dans les coutumes qui obligent les fils à rapporter les donations faites aux petits-fils : mais pour bien connoître les exceptions qu'elle doit admettre en conséquence de ces dispositions, il faut distinguer quatre cas différens.

1°. Si le donataire, sous la charge dont il s'agit, étoit fils unique, & que par conséquent il ne pût y avoir lieu de sa part au rapport de la donation qu'il est obligé de restituer à l'un de ses enfans, il est certain que le petit-fils n'imputeroit pas dans la Légitime que lui doit son père, la chose qu'il prendroit en vertu de la substitution faite en sa faveur par l'aïeul. Il ne seroit pas même tenu de la rapporter, suivant un arrêt du 23 février 1623.

2°. Il en seroit de même au cas que l'aïeul eût eu plusieurs enfans, & que le fils à qui il a ainsi donné pour restituer au petit-fils, renonçât à la succession, pour s'exempter du rapport des avantages qui lui ont été faits personnellement.

3°. Mais s'il renonçoit pour ne pas rapporter la donation qu'il a reçue pour l'un de ses enfans, il se constitueroit en quelque sorte donateur du petit-fils, puisque sa renonciation n'auroit pas d'autre motif que de conserver à ce dernier la chose qu'il a été forcé de lui restituer. Il faudroit donc en

ce cas obliger le petit-fils d'imputer sur la Légitime paternelle ce qu'il tiendroit de la libéralité de son aïeul.

4°. Cette imputation auroit encore lieu si le fils se portoit héritier concurremment avec ses frères & sœurs, parce qu'il ne pourroit le faire sans rapporter la donation faite au petit-fils, & qu'il seroit indubitablement censé lui donner ce qu'il rapporteroit pour lui.

Le prix d'une acquisition que le père fait au nom de son fils & qu'il paye de ses propres deniers, est sans contredit sujet à l'imputation : on a déjà vu que le parlement de Flandre l'a ainsi jugé par arrêt du 14 février 1775.

En est-il de même, en pays de droit écrit, des gains que le fils a faits étant sous la puissance paternelle & qu'il a retenus ? Il faut distinguer d'où proviennent ces gains : si c'est uniquement de son industrie, de son travail ou de quelque heureux hasard, ils lui appartiennent entièrement ; &, par une conséquence nécessaire, ce seroit de sa part une erreur très-désavantageuse de se croire obligé à les imputer dans sa Légitime ; il en est au contraire dispensé très-clairement par ces termes de la loi, *scimus, sancimus repletionem ex rebus substantiæ patris fieri.*

Mais les gains qu'il fait avec l'argent de son père, & qui forment ce que le droit Romain appelle *un pécule profectice*, sont sujets à l'imputation lorsqu'il les retient, parce qu'il n'a rien à y prétendre, & que le tout appartient de plein droit à son père.

On ne sait pas pourquoi M. Roussilhe avance comme une maxime constante, que la propriété de ces gains se partage entre le père & le fils,

& que par conſéquent celui-ci n'en doit imputer que la moitié. Ces deux propoſitions ne ſeroient ſoutenables que dans le cas d'une ſociété contractée entre le père & le fils.

M. Rouſſilhe eſt plus judicieux dans la réſolution qu'il donne à cette eſpèce. Un père a des garçons & des filles; les premiers, devenus grands, quittent la maiſon paternelle & gagnent de l'argent qu'ils gardent pour eux; les ſecondes travaillent toute leur vie pour le profit de leur père: on demande ſi dans ce cas les garçons peuvent ſe diſpenſer d'imputer ce qu'ils ont gagné? Voici ce que répond l'auteur cité: » L'équité exigeroit » que les garçons ſe contentaſſent de moins que » les filles; je ne vois cependant pas que dans » la rigueur des principes on puiſſe obliger un » garçon à rien imputer. Forcé par le beſoin de » chercher hors la maiſon de ſon père un ſecours » que le père ne peut lui fournir, ſi, par ſon » travail, ſon induſtrie & ſes épargnes, il gagne » quelque choſe, cela ne doit point lui tenir lieu » de ce que le père lui doit laiſſer, ſuivant le vœu » de la loi, puiſque ce que le fils de famille » acquiert par ſon induſtrie & par ſon travail lui » appartient en propriété, le père n'en ayant que » l'uſufruit. S'il en étoit autrement, ce ſeroit un » moyen pour le décourager, crainte que ſes autres frères & ſœurs n'euſſent part à ſes épargnes. » Le père ne peut donc augmenter une fille qu'en » prenant l'augmentation ſur les biens que la loi » lui permet de diſpoſer; pour ce qui eſt réſervé » pour la Légitime, les enfans y ont un droit » égal, ſans qu'on puiſſe y faire rapporter ce que » l'un peut avoir gagné de plus que les autres «.

L'enfant n'impute pas non plus ce que ſon père

lui a donné entre vifs à titre de préciput, parce que, dit Ricard, la Légitime doit ſe prendre à l'inſtar de la portion héréditaire, dont elle ne diffère réellement qu'en ce qu'elle eſt réduite à une moindre quotité. Le parlement de Toulouſe l'a ainſi jugé par arrêts des 10 décembre 1597 & 14 mars 1599, rapportés par la Rocheflavin.

Il y a cependant une exception à cette règle; écoutons M. Rouſſilhe : » Si le père avoit diſ-» poſé de tous ſes biens auparavant en faveur de » quelque autre, & réduit ſes enfans à la Légi-» time, quoique le père donnât enſuite (à l'un » d'eux) à titre de préciput, cela s'imputeroit » ſur ſa Légitime, attendu qu'il ne peut avan-» tager ſes enfans au préjudice des diſpoſitions » univerſelles qu'il a ci-devant faites «.

C'eſt une maxime au deſſus de toute eſpèce de doute, que les alimens fournis par le père à ſon fils ne doivent pas être imputés; & ſur ce fondement Rouſſeau de la Combe décide après pluſieurs autres auteurs, que l'uſufruit d'un bien dont le père a cédé la jouiſſance à ſon fils pendant ſa vie, eſt exempt de l'imputation juſqu'à concurrence de l'entretien de ce dernier & même pour le ſurplus, à moins que le fils ne l'ait employé en acquiſitions ou qu'il ne l'ait diſſipé en fraude de ſes frères & ſœurs; mais, ajoute ce juriſconſulte, il doit imputer les fruits qui lui reſtent lors du décès de ſon père.

Les frais d'éducation doivent être mis ſur la même ligne que ceux d'entretien, parce que le père n'eſt pas moins obligé aux uns qu'aux autres, ſuivant la loi 5, §. 12, D. *de agnoſcendis & alendis liberis.* Auſſi la loi 50, D. *familiæ erciſcundæ* décide-t-elle que les frais d'étude ne

doivent pas être rapportés, &, comme nous l'avons établi au commencement de ce paragraphe, régulièrement l'exemption du rapport emporte celle de l'imputation : cela doit d'ailleurs souffrir ici d'autant moins de difficulté, qu'il n'y a dans le droit aucun texte qui ordonne d'imputer ces sortes de dépenses, & que la loi 20, C. *de collationibus* affranchit de l'imputation toutes les choses que les loix n'y assujettissent pas expressément, *ea enim tantummodò computabuntur pro quibus specialiter legibus ut hoc fieret expressum est.*

Il y a cependant une différence sur cette matière entre le rapport & l'imputation. Les frais d'éducation ne sont exempts du rapport qu'autant que le père n'a pas manifesté, en les avançant, que son intention fût de les y soumettre, *si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debitâ ductus*, dit la loi 50, D. *familiæ erciscundæ*. Mais à l'égard de l'imputation, le père auroit beau vouloir obliger son fils de la faire, sa volonté ne seroit d'aucun effet, quoi qu'en disent la plupart des docteurs ; & la raison en est simple : la Légitime n'est établie que pour donner aux enfans après la mort de leur père les mêmes secours qu'il étoit obligé de leur fournir pendant sa vie : or, nous l'avons déjà dit, & la loi 5, §. 12, D. *de agnoscendis & alendis liberis*, prouve qu'il est tenu de procurer à ses enfans une éducation conforme à leur état ; on ne peut donc imputer ces frais dans la Légitime, puisqu'ils forment eux-mêmes une espèce de Légitime exigible du vivant du père. Ces principes sont appuyés d'un arrêt du parlement de Toulouse, rapporté par Albert, au mot *testament*, article 4. Cet arrêt

a déclaré nul pour cauſe de prétérition le teſtament d'un père qui n'avoit inſtitué ſon fils que dans les frais de ſes études, & par conſéquent il a jugé que ces ſortes d'objets ne doivent pas être imputés dans la Légitime, lors même que le père l'ordonne expreſſément ; car ſi l'imputation avoit pu avoir lieu, l'inſtitution n'auroit pas été annullée, puiſque celle d'une fille en ſa dot a toujours été regardée comme valable.

Les auteurs qui ont décidé que le père pouvoit ordonner l'imputation des frais d'étude, ont donc parlé trop indéfiniment, & leur opinion ne peut être admiſe que dans le cas où les père & mère ſont recevables à répéter à la charge d'un enfant les alimens qu'ils lui ont fournis, c'eſt-à-dire, lorſqu'ils ont adminiſtré des biens qui lui appartenoient en toute propriété, & qu'ils ont tenu un journal exact des dépenſes faites pour lui. On peut voir à ce ſujet la loi 34, D. *de negotiis geſtis* ; l'article 253 de la coutume d'Auxerre, & l'article 323 de celle de Rheims.

Ce que nous diſons des frais d'étude, doit s'entendre aſſez généralement de tout ce qu'un père a dépenſé pour faire promouvoir ſon fils au doctorat dans quelque faculté que ce ſoit ; & c'eſt, dit M. de Catelan, ce qui » fut jugé à mon rapport au procès des Turles «.

Nous diſons *aſſez généralement*, parce qu'il eſt certains cas où l'équité ſemble exiger que ces frais s'imputent : » Je voudrois examiner, dit le » Brun, s'ils ne ſont pas trop conſidérables, eu » égard aux biens du père. Car ſi un père s'étoit épuiſé pour faire un docteur de Sorbonne, » un avocat, ou un médecin, j'eſtime que ces

» frais seront sujets à imputation sur la Légitime; » ce qui peut être fondé sur l'esprit des coutumes » de Rheims, de Châlons & de Laon, lesquelles » parlant des frais qu'un père a faits pour entre- » tenir son fils à la guerre ou dans les arts li- » béraux, demandent, pour les dispenser du » rapport, qu'ils soient faits modérément, selon » la qualité des enfans & avant qu'ils fussent ma- » riés. Et je me sers d'autant plus volontiers dans » la matière de l'imputation de la Légitime, de » ce tempérament emprunté de la matière des » rapports, que la Légitime étant une certaine » partie de ce qu'on auroit eu *ab intestat*, l'im- » putation qui se fait sur la Légitime est une » espèce de rapport, avec cette seule différence » que le légitimaire étant plus favorable que celui » qui rapporte, on en use un peu plus largement » avec lui, sans néanmoins que cette faveur qu'on » lui accorde puisse servir de prétexte de l'égaler » personnellement par divers passe-droits aux au- » tres enfans, & de faire sa condition aussi bonne » que si le père n'avoit pas jugé à propos de le » réduire à la Légitime «.

Les livres, en tant qu'ils sont compris dans les frais d'étude, ne doivent point être imputés: mais s'ils forment un corps de bibliothèque, ou au moins s'ils sont d'un prix considérable, eu égard aux biens que le père a laissés, il n'est point douteux qu'ils ne soient sujets à l'imputation. » Et » encore, ajoute le Brun, j'en voudrois excepter » les livres que le père a notés de sa main, comme » mémoires de famille, pour récompenser de ce » côté, suivant la destination du père même, » celui qu'il a désavantagé d'ailleurs, en le ré- » duisant à une portion légitimaire «.

La raiſon qui exempte en général les frais d'étude & de doctorat de l'imputation ſur la Légitime, doit pareillement en diſpenſer les armes, les chevaux & l'équipage qu'un père a fournis à ſon fils pour aller à la guerre. C'eſt l'opinion de M. de Catelan, de Vandepoll, & de la plupart des auteurs.

Il réſulte du même principe, que l'on ne doit point imputer ce qu'un père a donné à ſon fils pour l'apprentiſſage d'un métier : en effet, quelle différence pourroit-on aſſigner entre cet objet & les frais d'étude, de doctorat ou d'entretien à la guerre ? Cependant M. Rouſſilhe décide qu'un métier eſt » un établiſſement, & eſt plus qu'édu» cation, qu'ainſi on doit imputer ce qu'il en a » coûté. C'eſt, ajoute-t-il, le ſentiment de Fer» riere, en ſon petit commentaire ſur la coutume » de Paris, article 304, qui dit que ce qu'il en » coûte pour apprendre un métier eſt ſujet à rap» port, parce que c'eſt un établiſſement, & qu'au» trement ce ſeroit une grande inégalité «. On voit que M. Rouſſilhe perd ici de vue ce grand principe, *que l'on doit imputer moins de choſes que l'on n'en rapporte.* D'ailleurs, l'opinion de Ferriere touchant le rapport des frais d'apprentiſſage, n'eſt pas univerſellement admiſe ; la coutume d'Auxerre, article 253, & celle de Rheims, article 323, la rejettent même expreſſément, ſi ce n'eſt pour le cas examiné ci-deſſus, où elles ſoumettent les frais d'étude au rapport. En vain prétend-t-on que l'apprentiſſage d'un métier ne doit pas paſſer pour éducation, mais pour établiſſement ; le contraire ſe ſent de ſoi-même ; auſſi la coutume de Rheims diſtingue-t-elle préciſément les frais d'apprentiſſage de ceux de maîtriſe ; elle

exempte, comme on vient de le voir, les premiers du rapport ; mais elle y soumet les seconds. Cette disposition doit nous servir ici de règle, parce qu'elle est fondée sur les vrais principes : ainsi nous imputerons dans la Légitime tout ce qu'un père aura dépensé pour élever son fils à une maîtrise, parce que c'est pour celui-ci un établissement ; mais régulièrement nous n'imputerons pas les frais d'apprentissage, parce qu'ils font partie de l'éducation.

Ce que nous venons de dire suppose que les dépenses faites par un père pour l'établissement de son fils, doivent être imputées dans la Légitime ; & c'est sur ce fondement qu'a été rendu au parlement de Toulouse un arrêt du mois de janvier 1660, par lequel, dit M. de Catelan, » il fut jugé que la somme de 1400 livres qu'un » père avoit donnée pour faire un fils chevalier » de Malthe, devoit être imputée en la Légitime » de ce fils, quoique le père, en payant cette som- » me, n'eût ni déclaré, ni marqué qu'il vouloit » qu'elle fût imputée. Le fils étoit majeur de » quatorze ans, mais mineur de vingt-cinq, lors- » qu'il étoit allé à Malthe, & que la somme » avoit été comptée. Il avoit servi vingt-quatre » ans & pris la qualité de chevalier, tant avant » qu'après le décès de son père ; mais il n'avoit » pas fait profession, & disoit, pour se dispenser » de l'imputation qu'on lui demandoit, que son » intention n'étoit pas de faire cette profession. » C'étoit un établissement que ce père avoit pro- » curé à ce fils, & la renonciation du fils à cet » établissement ne pouvoit pas priver le père ou ses » héritiers de demander l'imputation de ce qui » avoit été donné pour cela «.

Doit-on par la même raiſon imputer le titre clérical qu'un père a conſtitué à ſon fils pour le faire entrer dans les ordres ſacrés ? La négative a pour partiſan Pierre Favre ſur les inſtitutes, titre *de inofficioſo teſtamento*, & ſur le code, titre *de collationibus* : les moyens ſur leſquels on appuie cette opinion ſont, que le titre clérical tient lieu de bénéfice au ſimple prêtre ; que l'article 12 de l'ordonnance d'Orléans le déclare *inaliénable & non ſujet à aucunes obligations ni hypothèques créées depuis la promotion du prêtre & durant ſa vie* ; que deux arrêts des 12 décembre 1619 & 29 mai 1645, rapportés par Brodeau, l'ont jugé exempt du rapport ; qu'enfin un autre arrêt du 15 juin 1643, inſéré dans le journal des audiences, l'a déclaré exempt de la révocation pour ſurvenance d'enfans.

Le parti de l'imputation eſt ſoutenu par Vaſquius, Chopin, le Grand, Zoëz, Vedel, M. Rouſſilhe, le Brun ; & il paroît que c'eſt le plus juridique : » En effet, dit ce dernier, tous les » priviléges qui viennent d'être rapportés ne » font pas que le titre ſacerdotal ne ſoit une do- » nation du père, dont le fils devient plus riche, » & ne ſoit quelquefois conſidérable, eu égard » aux biens du père. Ils font bien que peut-être » on ne peut pas obliger un fils de rapporter » ſon titre en eſpèces, & qu'en cela l'on pour- » roit comparer le titre clérical à l'office ; que » l'enfant qui l'a eu de ſon père n'eſt pas obligé » & ne peut pas même en certains cas rapporter » en eſpèces ; mais non pas que la valeur n'en » doive être rapportée dans le partage *ab inteſtat*, » & ne doive être imputée au légitimaire «.

L'imputation doit-elle embraſſer les dépenſes

faites par un père pour obtenir un bénéfice à son fils? Voici ce que répond M. de Catelan : » On » doit avec beaucoup de raison douter de ce » qu'avance Vasquez dans son traité des succes- » sions, que le fils n'impute point en sa Légi- » time les frais que le père a faits dans un pro- » cès pour obtenir un bénéfice à ce fils, sur-tout » si ces frais sont considérables, & si le succès a » été heureux, le bénéfice obtenu & par-là un » établissement procuré «. On voit que cet auteur distingue le cas où les frais ont été considérables, de celui où ils ont été modiques ; le Brun fait la même distinction ; & il y a en effet dans la Rocheflavin un arrêt rendu par le parlement de Toulouse le 30 mars 1591, qui a jugé que l'imputation ne devoit pas avoir lieu dans ce dernier cas. Mais, d'un autre côté, on trouve dans les décisions de la Rote de Rome, partie 1, décision 65, un arrêt de ce tribunal, qui déclare même les frais des bulles d'un évêché exempts de toute imputation : il paroît donc, d'après ces deux jugemens rapprochés l'un de l'autre, que les frais de l'obtention d'un bénéfice ne doivent jamais s'imputer dans la Légitime, soit que le total en soit considérable ou modique. Ce parti seroit certainement le plus conforme au droit Romain : cependant comme il est de principe dans nos mœurs, que les dépenses faites pour l'établissement d'un fils doivent être imputées, & que celles qui concernent l'obtention d'un bénéfice tendent toujours à ce but, il faut, ce semble, les assujettir indistinctement à l'imputation, sans distinguer si elles forment une grande ou une petite somme, parce que l'on ne peut pas plus dans un cas que dans l'autre les mettre sur la ligne des

frais

frais d'éducation, & que ce seroit livrer la question à l'arbitraire, que de la faire dépendre du plus ou du moins d'argent avancé.

Le principe qui soumet à l'imputation tous les frais d'établissement, n'est pas aussi éloigné du droit Romain que quelques-uns se l'imaginent : on a vu plus haut que ce droit qui exempte de cette charge les donations simples, oblige cependant les filles d'imputer leurs dots, & les enfans mâles, leurs donations à cause de noces : pourquoi cette différence ? Elle se sent d'elle-même ; c'est que les libéralités de cette dernière espèce servoient à l'établissement des enfans, au lieu que les autres n'avoient pas le même objet.

La loi 30, C. *de inofficioso testamento*, porte encore l'empreinte de l'intention du législateur d'imputer sur la Légitime toutes les dépenses faites pour procurer un état à un enfant ; elle porte, que l'on doit comprendre dans l'imputation l'argent avancé par le défunt pour faire avoir au légitimaire une charge, qui, par sa nature, soit vénale, ou dont les héritiers puissent au moins tirer une certaine somme : *Imputari verò filiis aliisquè personis quæ dudùm ad inofficiosi testamenti querelam vocabantur, in legitimam portionem, & illa volumus quæ occasione militiæ ex pecuniis mortui iisdem personis acquisitæ, posse lucrari eas manifestum est, eò quod talis sit militia ut vendatur, vel mortuo militante certa pecunia ad ejus heredes perveniat.*

Ce texte n'exige, comme on le voit, pour l'imputation, que de deux choses l'une ; ou que la charge procurée par le père à son fils soit vénale, ou qu'elle soit héréditaire. Il ne faut donc pas s'étonner si tous nos auteurs soumettent à l'impu-

tation les offices de judicature ou de finances, qui, parmi nous, réuniſſent ces deux qualités; Védel rapporte même un arrêt du 21 août 1714, qui ordonne d'imputer non ſeulement le prix d'un office de cette nature, mais encore les frais de proviſions & de réception, & cela eſt fondé ſur la règle des acceſſoires.

Il réſulte de la loi citée, que les offices qui ſont vénaux ſans être héréditaires, doivent être imputés dans la Légitime des enfans pour qui leurs pères en ont fait l'acquiſition. C'eſt ainſi qu'en Hollande & dans le pays d'Utrecht on étend les effets de l'imputation juſques ſur les canonicats, parce qu'ils ſont conſidérés dans ces provinces comme des objets ſoumis au commerce, quoique ceux qui en ſont titulaires ne les tranſmettent pas de plein droit à leurs héritiers (*).

Les termes du texte que nous venons de rapporter, font entendre très-clairement que les offices dont la vénalité n'eſt qu'imparfaite, tels que ſont les bénéfices de Hollande ou d'Utrecht & toutes les charges qui ne ſe tranſmettent pas aux ſucceſſeurs des titulaires, ne ſont ſujets à l'imputation dans la Légitime, qu'autant que le défunt qui les a procurés aux légitimaires a déboursé pour cela un certain prix, *imputari . . . . in legitimam portionem, & illa volumus quæ occaſione militiæ* EX PECUNIIS *mortui iiſdem perſonis acquiſitæ, poſſe lcurari eas manifeſtum eſt.*

Par-là ſe réſout une queſtion aſſez controverſée dans notre droit François, & qui conſiſte à ſavoir

(*) Vandepoll, *de exheredatione & præteritione*, pages 169 & 170.

si les charges de la maison du roi doivent être imputées dans la Légitime : une distinction bien simple écarte toute espèce de difficultés ; ou il s'agit d'une charge dont le défunt étoit revêtu & qu'il a abdiquée pour en faire pourvoir le légitimaire ; ou il s'agit d'une charge que le défunt a achetée & sur l'acquisition de laquelle le légitimaire a pris des provisions : au premier cas, il n'y a point de deniers déboursés de la part du père, conséquemment point d'imputation ; cela ne peut souffrir le moindre doute, d'après l'observation que nous venons de faire : » & c'est, dit le » Brun, ce qui a été jugé par l'arrêt de le Breton, Roi d'Armes, du 20 mai 1651, quoiqu'à » l'occasion d'un rapport & non pas d'imputation » sur la Légitime : arrêt qui étoit dans le cas où » l'office avoit passé du père au fils par le moyen » d'une survivance «.

Dans le second cas, l'imputation doit avoir lieu sans difficulté ; la loi citée le décide ainsi expressément, & le Brun l'établit de même : » Si le père » achète la démission d'un officier sur laquelle son » fils obtient ses provisions, le prix sera imputé » sur la Légitime, parce qu'outre la grâce du » prince, il y a un prix de la démission qui » est actuellement payée par le père, & qui bien » souvent est une condition de la même force » que quand le roi pourvoit quelqu'un d'une » charge de sa maison, à condition de donner » une certaine somme à la veuve ou aux héritiers » du dernier possesseur «.

On trouve dans Basnage un arrêt du parlement de Rouen, conforme à cet avis : » Le 21 juillet » 1684, en la première chambre des enquêtes, au » rapport de M. Bouchard de Blosseville, il fut jugé

» que le prix d'une charge de la maiſon du roi » achetée par un père pour un de ſes fils, devoit » être imputée ſur la part du tiers coutumier re- » venant à ce même fils qui avoit renoncé à la » ſucceſſion de ſon père, & qui, lors du décès » de ſon père, étoit encore revêtu de cette même » charge, laquelle il pouvoit vendre en ce temps- » là, quoique ſujette à être perdue par la mort » de celui qui la poſſédoit, comme ſont toutes » les charges de la maiſon du roi. L'arrêt confir- » moit une ſentence rendue aux requêtes du » palais ".

Mais ne peut-on pas oppoſer à cette déciſion l'endroit du texte cité, où l'empereur Juſtinien exempte de l'imputation les offices de ſon palais, dont les pourvus étoient chargés de faire obſerver le bon ordre, & que l'on appeloit par cette raiſon *ſilentiaires* ? Voici les termes de ce paſſage : *Exceptis ſolis viris ſpectabilibus ſilentiariis ſacri noſtri palatii quibus præſtita jam ſpecialia beneficia tam de aliis capitulis quàm de pecuniis ſuper memoratâ militiâ à parentibus eorum datis, ne in legitimam portionem ejus computentur, rata eſſe præcipimus.* Si les ſilentiaires avoient été les ſeuls officiers de la cour de Juſtinien dont les emplois fuſſent vénaux, on pourroit ſans doute conclure de cette diſpoſition moins étendue dans ſes termes que dans ſon motif, que toutes les charges vénales de la maiſon du roi ſont affranchies de l'imputation dans la Légitime, & il paroît qu'effectivement on a voulu, en 1653 & 1678, leur attribuer ce privilége par des édits qui n'ont point été enregiſtrés. Mais il eſt certain qu'il y avoit du temps de Juſtinien différentes ſortes d'offices de la maiſon du prince qui étoient ſujettes à la vénalité, & par

conséquent à l'imputation ; la novelle 35, par exemple, fait mention des aides du questeur du palais, *adjutores quæstoris sacri palatii*, & fixe le prix auquel il leur étoit permis de vendre leurs charges. Il faut donc regarder comme tout-à-fait particulier aux silentiaires le privilége accordé à ces officiers de ne point imputer dans leur Légitime les deniers déboursés par leurs pères & mères pour les faire pourvoir de ces emplois, & ce privilége ne pourroit être réclamé dans nos mœurs que par les gardes du corps qui représentent assez exactement les silentiaires de l'ancienne cour de Constantinople, encore faudroit-il une loi nouvelle pour le leur assurer.

Les opinions des docteurs sont fort partagées sur la question de savoir si les frais de noces d'un enfant doivent être imputés dans la Légitime que lui doit le père qui les a fournis. L'affirmative paroîtroit ne devoir souffrir aucune difficulté dans notre jurisprudence, d'après le principe qui soumet à l'imputation tout ce qu'un père a dépensé pour l'établissement de son fils. Cependant la question ne paroît pas susceptible d'une résolution générale, & il faut en distinguer les différens objets.

D'abord il passe pour constant que les frais du festin nuptial ne doivent pas être imputés ; la coutume de Sens, article 268, & celle de Rheims, article 322, décident même qu'ils ne sont pas sujets au rapport, &, comme on l'a déjà dit, tout ce qui est exempt du rapport, doit à plus forte raison être affranchi de l'imputation. La chose est d'ailleurs d'autant plus simple, que ces sortes de frais n'ont pas pour objet l'avantage personnel de l'enfant qui se marie, mais la manifestation

de la joie des deux familles nouvellement alliées.

Les habits de noces que le père donne à son fils ou à sa fille, seroient sujets à l'imputation, si l'on suivoit à cet égard la disposition des coutumes citées qui les soumettent au rapport ; mais d'un côté, il est certain que l'on rapporte plus de choses que l'on n'en impute ; d'un autre côté, ces coutumes ne doivent pas former un droit commun, même pour le rapport : il paroît plus naturel de dire avec d'Argentré sur l'article 526 de la coutume de Bretagne, que ces sortes d'objets ne doivent jamais se rapporter, si ce n'est entre gens du commun, & lorsqu'ils excèdent de beaucoup le prix des vêtemens ordinaires ; & comme on doit traiter plus favorablement celui qui est réduit à une Légitime, que l'héritier obligé au rapport, l'équité demande qu'on les affranchisse toujours de l'imputation : c'est aussi ce que pensent Maret & le Brun ; & si cet avis doit admettre une restriction, ce ne peut être que pour les bagues & joyaux : ce sont en effet les seules choses que l'on puisse regarder en pareil cas comme des libéralités proprement dites, le reste doit passer pour acquitement plus ou moins étendu de l'obligation naturelle du père de vêtir son fils ou sa fille avant son établissement.

A l'égard des présens que le père donne à son fils pour en gratifier sa bru, femme de ce dernier, Duperrier atteste, en ses maximes de droit, livre 5, que l'usage du parlement de Provence est de ne point les imputer. Un usage contraire seroit sans doute plus régulier, d'après ce que nous venons de dire touchant les bagues & joyaux, & tel paroît être le sentiment de la plupart des

auteurs qui ont traité cette queſtion. Règle générale, tout ce qui porte le caractère de libéralité doit être compris dans l'imputation ; c'eſt l'eſprit du droit Romain conſidéré dans ſon dernier état, comme nous l'avons fait voir ci-deſſus, & il en réſulte évidemment, que les préſens dont il s'agit doivent être imputés.

Peut-on étendre les effets de l'imputation juſques ſur la rançon que le père a payée pour tirer ſon fils de captivité ? Le Brun ſoutient l'affirmative, par la raiſon que le père n'eſt point obligé de racheter ſon fils, & que conſéquemment il exerce, en le faiſant, une libéralité proprement dite. D'Argentré, Vandepoll & Perèz oppoſent à cette opinion la loi 17, C. *de poſtliminio reverſis*, ſuivant laquelle le père ne peut point répéter à la charge du fils ce qu'il a payé pour ſa rançon, attendu qu'il eſt cenſé l'avoir fait par le mouvement de l'affection paternelle. *Pro pietatis itaque ratione ab hoſtibus redempto filio facti te pœnitere ac de pretio quicquam tractare non convenit.* Mais, répond le Brun, toutes les donations qu'un père fait à ſon fils ſont de leur ſeule nature irrévocables, exemptes de toute répétition, & motivées par une piété naturelle ; cependant elles s'imputent régulièrement ; pourquoi celle dont il s'agit ſeroit-elle exceptée ?

Il eſt bon d'obſerver que les coutumes de Châlons, article 106, & de Rheims, article 323, adaptent au rapport ce que nous diſons ici de l'imputation.

S'il en eſt ainſi de la rançon payée pour délivrer un enfant d'une captivité ſouvent honorable & toujours malheureuſe, à plus forte raiſon doit-il en être de même de l'amende & de la réparation

civile auxquelles il a été condamné, & que son père a acquittées pour l'exempter de tenir prison. En décider autrement, ce seroit encourager les dérèglemens & les crimes, & assurer une espèce de préciput à un homme, qui, par sa conduite, mériteroit plutôt que l'on diminuât sa portion. » Et pour montrer, dit le Brun, que cette réso- » lution est conforme à l'esprit du droit Romain, » il faut présuppose que le droit a principale- » ment assujetti à l'imputation sur la Légitime les » donations les plus utiles & les plus avantageuses, » comme celle d'un office que le père a acheté » pour son fils. . . . Or, il n'y a point d'avance » plus utile au fils, que celle qui lui conserve » sa liberté & qui lui épargne l'infamie de la » prison «.

Questions particulières sur l'imputation des choses comprises dans les deux classes que nous venons de parcourir.

Sur quel pied doit-on estimer les choses sujettes à l'imputation ? Est-ce le temps de la donation, ou celui de la mort du défunt qu'il faut considérer ?

Un principe bien simple décide cette question. La Legitime se règle comme si la succession dont elle doit être distraite réunissoit tous les biens dont le défunt a disposé de son vivant à titre gratuit : il faut donc regarder la chose donnée au légitimaire comme existant dans la succession, &, par une conséquence nécessaire, c'est au temps de la mort qu'il faut avoir égard pour en régler la valeur.

Cette décision admet cependant quelques ex-

ceptions. D'abord il eſt certain que les choſes ſujettes à ſe conſommer par l'uſage doivent être imputées ſur le pied de leur valeur au temps de la donation ; autrement une ſomme d'argent ne ſeroit ſoumiſe à l'imputation qu'autant que le donataire la poſſéderoit encore en nature au temps de l'ouverture de l'hérédité, ce qui ſeroit abſurde.

2°. Il paſſe pour conſtant, que l'office dont un père a diſpoſé gratuitement en faveur de ſon fils, doit être imputé ſuivant ſa valeur au temps de la réſignation. C'eſt ce qui réſulte & d'un arrêt du 14 avril 1603, qui a jugé que le rapport du prix d'un office doit ſe faire eu égard au temps dont nous parlons, & de trois autres des 22 janvier 1612, 30 avril 1622, 26 janvier 1627, par leſquels il a été décidé que l'on doit ſuivre le prix du contrat d'acquiſition pour régler le mi-denier que le mari ſurvivant eſt obligé de rapporter, pour conſerver un office acquis pendant la communauté. On voit d'ailleurs dans Duperrier & de Cormis, que cela ne ſouffre aucune difficulté dans les tribunaux, relativement à l'imputation ſur la Légitime.

Il ſeroit ſans doute téméraire de combattre cette juriſprudence ; cependant nous obſerverons que peut-être ne l'auroit-on pas admiſe, ſi l'on eût fait attention qu'elle eſt directement contraire à la loi 30, §. 2, C. *de inofficioſo teſtamento* ; voici ce qu'elle porte là-deſſus : *Ita tamen ut ille gradus ejuſdem militiæ inſpiciatur, quem in morte teſtatoris militans obtinet, ut tanta ei pecuniæ in legitimam portionem computetur, quantam dari conſtitutum eſt, ſi in eo gradu mortuus eſſet is qui militiam ex pecuniis teſtatoris adeptus eſt.*

Pour sentir l'application de ce texte à notre question, il faut se rappeler qu'il y avoit à la cour de Justinien des charges vénales qui, à la vérité, ne se transmettoient pas aux héritiers des titulaires, mais que l'on ne pouvoit obtenir qu'en donnant à ces héritiers une certaine somme. La loi que nous venons de citer veut que le légitimaire impute la charge que son père lui a achetée, non sur le pied de la somme qui auroit été due à ses héritiers s'il étoit mort au temps de sa réception, mais sur le pied de ce qu'ils auroient eu à prétendre s'il étoit décédé en même temps que son père: on ne peut pas sans doute décider plus clairement que l'imputation d'un office doit toujours se faire eu égard au temps de la mort de celui qui l'a donné.

3°. C'est une opinion généralement reçue, que le légitimaire pour qui le défunt a fait un achat ou exercé un retrait, ne doit point imputer la chose achetée ou retraite en nature, mais seulement le prix qui a été déboursé. Cela est sans difficulté par rapport au retrait d'un bien maternel, parce que le fils ayant seul le droit de l'exercer, il n'est pas possible de feindre que le père l'a fait pour lui-même, & qu'il a ensuite donné le bien à son fils, & c'est pourquoi il n'y peut pas succéder par droit de retour en cas de prédécès de ce dernier, comme l'ont décidé deux arrêts des 7 septembre 1570 & 12 mai 1640, rapportés par Carondas & Brodeau sur l'article 139 de la coutume de Paris.

Mais il paroît que l'on doit en décider autrement à l'égard d'un achat, ou d'un retrait que le père auroit pu exercer en son nom. Il semble qu'alors on doit le considérer comme acquéreur

du bien même, au lieu de le borner à la simple qualité de donateur du prix ; cela est si vrai, que le fils possédé ce bien comme propre naissant, suivant un arrêt du parlement de Flandre du 13 avril 1762, rapporté à l'article COMMAND : aussi la loi 30, §. 2, C. *de inofficioso testamento*, décide-t-elle nettement, comme on vient de le voir, que le légitimaire ne doit point imputer la somme payée par le défunt pour l'acquisition d'un office dont celui-ci l'a fait pourvoir, mais la valeur de l'office même au temps de l'ouverture de la succession.

Un étranger institué héritier ou légataire universel peut-il obliger le légitimaire à l'imputation de toutes les choses que nous venons de voir y être soumises? La raison de douter est très-plausible. Nous avons établi au commencement de ce paragraphe, que les choses exemptes du rapport à la succession, le sont aussi en général de l'imputation dans la Légitime : or les enfans ne rapportent jamais aux étrangers, parce que la nécessité de le faire n'a été introduite que pour conserver l'égalité entre les enfans, & que par conséquent elle doit cesser à l'égard de ceux en qui on ne peut pas dire que l'égalité soit blessée. Il semble donc que l'imputation sur la Légitime ne doit pareillement se faire qu'entre enfans, soit pour égaler les légitimaires entre eux, soit pour empêcher qu'ils n'aient plus que leurs frères & sœurs nommés héritiers ou légataires.

Il faut cependant décider le contraire, » parce » que, dit le Brun, la querelle d'inofficiosité & » la demande de Légitime est un droit extraor- » dinaire qui ne doit avoir lieu que lorsque le » père ou n'a point du tout, ou n'a pas assez

» considéré son sang, & quand il faut que la loi » vienne au secours de la nature, & qu'elle » supplée au défaut de l'affection paternelle... » Ainsi cette action n'a point lieu quand le père » a rempli les devoirs naturels ; & il seroit fort » injuste qu'un fils comblé des bienfaits de son » père, vînt accuser son testament, & donner » atteinte à de légères libéralités dont le père » auroit voulu reconnoître l'amitié de quelqu'un «.

Il y a pourtant une coutume dans laquelle l'imputation embrasse plus d'objets lorsqu'elle est demandée par d'autres légitimaires, que quand elle l'est par des tiers. Cette coutume est celle de Normandie ; on y tient pour maxime, que les enfans doivent imputer indistinctement entre eux toutes les libéralités qu'ils ont reçues de leur père : mais à l'égard des créanciers & acquéreurs des biens du défunt, on distingue si l'imputation qu'ils demandent, tombe sur des immeubles ou sur des meubles : si elle tombe sur des immeubles, on l'ordonne sans difficulté ; & si elle tombe sur des meubles, on sous-distingue : ou les enfans à qui ces effets ont été donnés en sont devenus plus riches de quelque manière que ce soit, ou ils les ont dissipés.

Au premier cas, l'imputation doit avoir lieu. » Il a été jugé, dit Basnage, au rapport de M. » Busquet, en la grand'chambre, le 21 août » 1681, qu'une fille ayant été mariée par son » père, feroit diminution sur la part qui lui avoit » été adjugée au tiers-coutumier d'une somme de » 600 livres que le père avoit donnée pour don » mobile au mari de ladite fille par son contrat » de mariage : l'arrêt fondé sur la disposition de » l'article 401 de la coutume, suivant lequel les

» enfans ne peuvent avoir leur tiers-coutumier » qu'en rapportant les dons & les avantages qui » leur ont été faits. Car quoique le mari seul » profite du don mobile, & que par cette do- » nation la dot soit diminuée, l'on peut dire » néanmoins qu'il y a toujours de l'avantage pour » la fille, parce que par ce moyen on lui pro- » cure un mariage qui ne se feroit pas, sui- » vant l'usage de la province, sans un don » mobile «.

Dans le second cas, on juge, d'après l'esprit de la coutume, & nonobstant la généralité de sa disposition textuelle, que les enfans ne doivent point imputer les meubles qui leur ont été donnés. Basnage en rapporte quatre arrêts des 19 septembre 1642, 14 avril 1644, 8 janvier 1655, 9 janvier 1660; & » cela est fondé, dit-il, sur » ces deux raisons: la premiere, que le père étoit » le maître de ses meubles, & qu'ils n'ont point » de suite par hypothèque, de sorte que les créan- » ciers doivent s'imputer la faute de ne les avoir » pas choisis, & de n'avoir pas empêché que » leur débiteur ne les dissipât: la seconde raison » est que si les enfans qui renoncent étoient obli- » gés de rapporter les meubles (qu'ils ont dissi- » pés) au profit des créanciers, ce seroit une » voie pour leur faire perdre leur tiers-coutumier » durant la vie de leur père, ce qu'ils ne peu- » vent jamais faire «, aux termes de l'article 399 de la coutume.

Le même auteur ajoute un peu plus bas: » Il » est si véritable que les enfans ne peuvent en- » gager leur tiers du vivant de leur père, que » s'il leur avoit donné non seulement des meu- » bles, mais aussi des rentes dont ils eussent reçu

» le rachat & qu'ils en eussent dissipé les de-
» niers, on ne pourroit leur en faire déduction
» sur leur tiers «.

Troisième classe des choses sujettes à l'imputation.

Quelques auteurs disent indéfiniment que le légitimaire n'est point obligé d'imputer ce qu'il tient de la loi ; cette proposition paroît fausse à la première vue. La loi 36, C. *de inofficioso testamento*, décide indéfiniment que l'imputation doit comprendre tout ce qui provient du patrimoine du défunt, *ex rebus substantiæ patris*. Il semble donc qu'il faut imputer ce que la loi prend au père pour le donner au fils, comme ce que le père donne lui-même. Un exemple vient à l'appui de cette conséquence : la loi 22, D. *de adoptionibus*, porte, que le père adoptif est obligé de laisser à son fils arrogé le quart de ses biens, & que le fils prend ce quart comme un bienfait du législateur, *quæ quarta non ex judicio parentis ad eum pervenit, sed ex principali providentiâ*. Cependant la loi 8, §. 15, D. *de inofficioso testamento*, déclare que cette partie des biens du défunt sert à remplir la Légitime due à l'enfant arrogé.

Mais quelque spécieuses que paroissent ces raisons, il n'en est pas moins vrai que le légitimaire est quelquefois dispensé de l'imputation relativement aux purs bienfaits de la loi ; & un principe très-simple suffit pour distinguer les cas où cela a lieu, d'avec ceux où il en est autrement.

Qu'est-ce que la Légitime ? C'est une portion de ce qu'auroit eu en succédant *ab intestat* la personne à qui elle est due. Il ne faut donc con-

fidérer, pour la régler, que les biens auxquels le légitimaire auroit pris part comme héritier, ſi le défunt n'en avoit pas fait des diſpoſitions inofficieuſes ; & par conſéquent, on doit en la liquidant faire abſtraction de tout ce qui peut ſe prendre dans les biens du défunt, ſans avoir la qualité d'héritier, ou, pour dire la même choſe en d'autres termes, tout ce qui ne fait point partie de la ſucceſſion proprement dite.

De là réſulte une règle très-lumineuſe ; c'eſt que l'on doit comprendre dans l'imputation tout ce que l'on n'auroit pas pu avoir *ab inteſtat*, ſans ſe rendre héritier ; & qu'il faut au contraire en exclure tout ce que l'on auroit pu recueillir même en renonçant à la ſucceſſion.

D'après cela, il eſt aiſé de réſoudre les différentes queſtions que l'on élève communément ſur cette matière.

On demande d'abord s'il faut imputer le retranchement qui ſe fait au profit des enfans en vertu de la loi *hac edictali*, ou de l'édit des ſecondes noces. Ricard prouve très-bien qu'il n'eſt point néceſſaire d'avoir la qualité d'héritier pour prendre part à ce retranchement ; & c'eſt ce qu'a jugé nettement un arrêt du 4 juillet 1606, qu'il rapporte. Il faut donc décider, conformément au ſecond membre de notre règle, que l'imputation ne doit point embraſſer cet objet ; & c'eſt en effet ce qui réſulte de la loi *hac edictali* elle même. » Ce » texte, dit le Brun, marque aſſez que le légiſ- » lateur entend donner le retranchement qu'il » ordonne ſans préjudice de la Légitime, & ſans » que ce retranchement puiſſe être imputé ſur la » Légitime, lorſqu'après avoir dit que la mère » qui ſe remarie ne peut pas donner à ſon ſecond

» mari, plus qu'à celui des enfans qui prend le » moins en sa succession, il ajoute : *Ita tamen ut* » *quarta pars quæ eisdem liberis debetur, ex legibus* » *nullo modo minuatur, nisi ex his causis quæ de* » *inofficioso excludunt querelam* «.

Cette décision est cependant combattue par Jacques de Ravenna, Cynus & Ancharanus : mais l'avis de ces auteurs est trop contraire à la loi que nous venons de rapporter, pour qu'il soit possible de l'admettre ; aussi a-t-il été rejeté formellement par deux arrêts du parlement de Toulouse ; l'un de 1573, rapporté par la Rocheflavin ; l'autre du mois de mai 1588, rapporté par M. Maynard.

Les enfans peuvent aussi prendre leur part dans les gains nuptiaux, quoiqu'ils ne soient héritiers ni de leur père, ni de leur mère : c'est même la disposition expresse de la novelle 22, chapitre 20 : il ne faut donc pas imputer ces gains dans leur Légitime. Bretonnier le décide ainsi en ses observations sur Henrys, tome 2, livre 4, question 1 ; & cela est sans difficulté.

En est-il de même du droit de *dévolution*, dont nous avons parlé sous ce mot, & qui est si connu dans les provinces de Hainaut, de Brabant, de Liége, d'Alsace, &c. ? Nous avons rendu compte à l'article cité, de deux arrêts des conseils de Brabant & de Malines, qui l'ont déclaré exempt de l'imputation dans la Légitime. Le parlement de Flandre en a rendu un semblable le 15 juillet 1698 (*) : mais, comme nous l'avons observé

(*) *Cet arrêt est ainsi rapporté par M. Pollet :*

Par l'ancienne coutume de la ville de Tournai, que l'on suit encore aujourd'hui pour les villages de Callonne, Hol-

au

au même endroit, la jurisprudence de cette cour est aujourd'hui fixée pour l'opinion contraire, & c'est la plus juridique : elle découle directement du principe, que l'on doit imputer tout ce que l'on prend à titre d'héritier ; car ce titre est indispensable pour profiter du bénéfice de la dévolution, comme l'établit M. Stockmans en son traité *de jure devolutionis*.

On demandera sans doute comment il est possible que cette question ait lieu ; & en effet, en admettant l'opinion démontrée ci-dessus, que les qualités d'héritier & de légitimaire s'excluent mutuellement, on ne voit pas du premier coup d'œil comment un enfant qui recueille les biens *dévolus* que son père a laissés, pourroit demander une Légitime, ni réciproquement par quelle raison un enfant qui opteroit d'abord sa Légitime, pourroit encore prendre part aux biens dévolus.

Il n'y a cependant rien en cela qui doive surprendre. On sait que dans nos mœurs une même personne peut laisser plusieurs successions, & avoir des héritiers de différentes espèces : c'est une des

---

lain, Jollain, Merlin, Faintegnies, & plusieurs autres du Tournesis, qu'on appelle communément les dix-sept villages, il est dit que l'homme veuf avec enfant s'étant remarié, ne peut obliger les héritages qu'il a possédés en commun avec sa première femme, & que les enfans en sont comme tenus pour propriétaires & héritiers, à la charge de l'usufruit de leur père ; mais que s'il lui en naît aussi de son deuxième mariage, il crée de nouveaux héritiers dans la moitié desdits héritages. Il a été jugé par l'arrêt que nous venons de rapporter, au nombre 4, que la part que les enfans des premières noces prennent en cette moitié, ne doit pas leur être précomptée sur leur Légitime dans les biens du père.

règles de droit coutumier de Loisel. *Les François*, dit-il, *comme gens de guerre, ont reçu divers patrimoines & plusieurs sortes d'héritiers d'une seule personne.* Cette maxime se vérifie sur-tout par rapport à celui qui laisse en mourant des biens *dévolus* & des biens libres ; car il est permis aux enfans appelés aux uns & aux autres, de se tenir aux premiers & de répudier les seconds ; c'est ce que nous avons prouvé à l'article DÉVOLUTION par les dispositions qu'en renferment implicitement les chartes du Hainaut & la coutume d'Arras ; M. Stockmans établit la même chose, *de jure devolutionis, cap.* 13, *n.* 7. Il faut donc considérer les biens *dévolus* comme formant une succession toute différente de celle que composent les biens libres.

D'après cela, il est clair qu'un fils peut prendre tous les biens dévolus qu'il trouve dans la succession de son père, & en outre demander sa Légitime sur les biens libres ; il n'y a point en ce cas d'incompatibilité entre les qualités d'héritier & de légitimaire, parce qu'elles sont sur deux hérédités différentes (*). Mais comme la Légitime n'affecte pas spécialement tel ou tel patrimoine, & qu'elle se répand, au contraire, sur l'universalité des biens du défunt, il est juste que la succession des biens dévolus serve à acquitter de cette charge la succession des biens libres, & de là vient l'imputation de l'une sur la Légitime due par l'autre.

(*) C'est ainsi que dans les coutumes où l'on ne peut être héritier & légataire, une même personne ne laisse pas de recueillir un propre paternel à titre de succession, & un propre maternel à titre de legs. Voyez l'article *Héritier*, tome 29, pages 215 & 220.

On demande si l'aîné doit imputer dans sa Légitime ce que la coutume lui donne à titre de préciput & de portion avantageuse. Cette question est assez controversée en Hollande & en Allemagne où il se trouve des fiefs que l'on appelle *ex pacto & providentiâ*, & d'autres que l'on qualifie d'héréditaires ; mais elle paroît fort simple dans notre droit coutumier : c'est un principe universellement reçu parmi nous, que l'on ne peut jouir du droit d'aînesse sans se rendre héritier, non seulement dans les biens soumis à ce droit, mais encore dans les autres ; il n'est donc pas possible, comme nous l'avons établi ci-dessus, que la Légitime concoure avec l'exercice réel du droit d'aînesse, & par conséquent il ne peut pas être question d'imputer sur l'une ce que l'on prend en vertu de l'autre. Le seul effet que produit la réunion de la qualité d'aîné avec celle de légitimaire, est que la Légitime est plus forte en ce cas qu'elle ne le seroit à l'egard d'un puîné, parce qu'elle se mesure toujours sur la portion héréditaire qui est moindre pour celui-ci que pour celui-là.

Cette jurisprudence doit naturellement s'appliquer au droit de maîneté ; cependant la coutume du chef-lieu de Valenciennes en décide autrement ; elle porte, article 141, que *le droit de maineté, tant héritière* (c'est-à-dire, immobilier) *que meubilière, sera imputé en la Légitime du maîné.* Cette disposition ne détruit pourtant pas la règle que nous avons prise pour guide sur la question de savoir si les biens que donne la loi sont sujets à l'imputation ; elle ne fait au contraire que la confirmer. C'est ce qui résulte nettement de deux points inconteſtables ; l'un,

que le maîné peut dans la coutume de Valenciennes ſe porter héritier dans ſon ſeul droit de maîneté & renoncer aux autres biens ; l'autre, qu'il a droit de Légitime ſur les biens auxquels il renonce, en y imputant ce qu'il a pris en vertu du droit dont il s'agit.

Le premier point ſuppoſé, le ſecond ne peut plus ſouffrir de difficulté, d'après ce que nous venons de dire au ſujet de la dévolution ; car les raiſons qui prouvent & la compatibilité du titre d'héritier dans les biens dévolus avec celle de légitimaire dans les biens libres, & la néceſſité d'imputer dans l'exercice de cette dernière qualité tout le profit qui revient de la première, ces mêmes raiſons militent pour établir que l'enfant à qui il eſt permis de ſe porter héritier dans un droit de maîneté ſeulement, peut réunir à ce titre celui de légitimaire dans les autres biens, & doit imputer ſur ſa Légitime tout l'avantage qu'il tire de ſa qualité de cadet.

Reſte donc à prouver que l'on peut dans la coutume de Valenciennes ſe déclarer héritier du ſeul droit de maîneté ; & c'eſt ce que prouvent les articles 158 & 161 de cette loi municipale. Ces deux textes portent, que les créanciers d'un défunt ne peuvent ſe pourvoir ſur les biens *levés par droit de maîneté*, à moins que les autres biens ne ſoient épuiſés. M. Pollet rapporte un arrêt du parlement de Flandres du 12 janvier 1697, qui a ordonné, ſur le fondement de cette diſpoſition, qu'un créancier ſaiſiſſant à la charge d'un maîné ſeroit tenu de faire diſcuter préalablement les meubles & autres biens que celui-ci indiqueroit. Il réſulte clairement de là, qu'un enfant maîné peut n'avoir pas d'autres biens de

la succession de ses père & mère, que ceux qui sont compris dans son préciput, tandis que ses frères & sœurs possèdent le reste : & certainement cela ne peut provenir que de la faculté dont il jouit de pouvoir borner sa qualité d'héritier au droit de maîneté, afin de n'être soumis aux dettes qu'après la discussion totale des autres biens de l'hérédité.

Les réserves coutumières sont-elles sujettes à l'imputation ? Cette question revient au même que celle qui est relative au droit d'aînesse considéré suivant le droit commun de la France ; c'est pourquoi il faut répondre en général qu'il ne peut pas s'agir ici d'imputation, attendu que les réserves coutumières ne pouvant se prendre qu'à titre d'héritier, ne concourent jamais avec la Légitime qui suppose une renonciation à ce titre. » C'est, dit » Denizart, ce qui a été jugé par sentence des » requêtes du palais, du 16 janvier 1733, ren- » due entre les quatre enfans de M. de Pomereu, » dont l'un étoit légataire universel ; les trois » autres demandoient, l'un la totalité des quatre » quints des propres, & les deux autres leur » Légitime entière. La sentence a jugé que M. de » Pomereu l'aîné optant les réserves coutumières, » auroit en qualité d'héritier le tiers des quatre » quints des propres ; que les deux autres pré- » férant la Légitime de droit aux réserves cou- » tumières, chacun d'eux auroit sa Légitime en » entier ; & que le surplus des biens appartien- » droit au légataire universel, qui étoit un qua- » trième enfant. Cette sentence a été confirmée » par arrêt rendu en la grand'chambre le 20 août » de la même année 1733 «.

Il y a cependant un arrêt du 18 mars 1706

qui en a décidé tout autrement, puiſqu'il a jugé, s'il en faut croire Maillart, ſur l'article 74 de la coutume d'Artois, » que le fils grevé auroit ſon » quint naturel en vertu de la coutume d'Amiens ; » & outre cela la moitié de ſa portion *ab inteſtat*, » dans les biens libres régis par la coutume d'A- » miens «. On ſent que cette déciſion, ſi elle eſt rapportée fidélement, ne peut être tirée à conſéquence ; auſſi a-t-elle été rejetée par l'arrêt que nous venons de retracer d'après Denizart.

Mais que faudroit-il décider dans le cas où les réſerves ſe trouveroient ſituées dans une autre coutume que celle des biens ſur leſquels on demanderoit une Légitime ? Il eſt évident qu'alors il n'y auroit pas d'incompatibilité entre les qualités d'héritier & de légitimaire, & que par conſéquent on pourroit faire concourir les réſerves avec la Légitime ; c'eſt ce qui réſulte, 1°. du principe établi à l'article HÉRITIER, qu'il y a dans nos mœurs autant de ſucceſſions que de patrimoines ſitués en différentes coutumes : 2°. de la maxime développée ci-deſſus relativement aux biens ſoumis à la dévolution, que les qualités d'héritier & de légitimaire n'ont rien d'incompatible entre elles, lorſqu'elles s'exercent ſur des patrimoines différens. Mais on demande ſi dans ce cas l'excédent des réſerves ſur la Légitime due par les biens de la coutume qui les défère, ne doit pas s'imputer ſur la Légitime à prendre dans les biens des autres coutumes.

Les raiſons qui nous ont porté à l'affirmative par rapport à la dévolution, militent ici avec la même force : l'obligation de fournir des alimens, qui eſt la ſource de la Légitime, ſe répand ſur toute la maſſe des biens du défunt, ſans ceſſer

pour cela d'être une ; ainsi quoique ces biens forment différentes successions par la variété des coutumes qui les régissent, il n'en est pas moins vrai qu'ils ne doivent tous ensemble qu'une Légitime, & par conséquent ce que les uns payent au dessus de leur quote part, doit servir à l'acquittement des autres.

C'est par ce motif qu'ont été rendus sept arrêts conformes à l'avis que nous soutenons. Le premier est du 13 mars 1666 ; en voici l'espèce tirée du journal des audiences. Magdelaine de Geneste avoit laissé dans sa succession des biens régis par les coutumes de Bordeaux & de Saint-Sever : M. de Geneste, son père, président au parlement de Bordeaux, demanda sa Légitime entière dans la première de ces coutumes, suivant la disposition qu'elle en contient, article 57, & prétendit en outre recueillir les acquêts & les propres paternels régis par la seconde, conformément à l'article 43 du titre des successions. Après d'assez longues procédures au parlement de Bordeaux, il intervint plusieurs arrêts, & un entre autres du 28 août 1638, qui adjugeoit à M. de Geneste tous les meubles & acquêts de la coutume de Saint-Sever, & le tiers de ceux de la coutume de Bordeaux pour son droit de Légitime. M. de Geneste, qui croyoit n'en avoir pas encore obtenu assez, se pourvut en requête civile, & fit renvoyer l'affaire au parlement de Paris : mais il fut trompé dans son attente ; car par l'arrêt cité, » dit a » été que la cour faisant droit sur le tout, ayant » égard auxdites lettres d'ampliation & de re- » quête civile du 29 août 1663, obtenues contre » l'un des chefs de l'arrêt du 28 août 1638, qui

» auroit adjugé audit de Geneſte tous les acquêts » faits en la coutume de Saint-Sever. . . . . & » icelles intérinant, a remis les parties en tel » état qu'elles étoient avant ledit arrêt, en ce » que par icelui la totalité des acquêts qui avoient » appartenu à Magdelaine de Geneſte par la ſuc- » ceſſion de Jeanne Darbo ſa mère, ſitués dans » la coutume de Saint-Sever, auroit été adjugée » audit de Geneſte, comme héritier de ſa fille; » ce faiſant, ordonné que ledit de Geneſte ne » pourra prétendre eſdits biens de Saint-Sever que » le droit de Légitime ſeulement «.

Le ſecond arrêt eſt du 12 mars 1715; c'eſt celui du prince de Carignan, rapporté ci-deſſus, ſection 6.

Le troiſième a été rendu au parlement de Grenoble le 16 août 1719, entre madame la préſidente Amelot & le marquis de Brion. Ce dernier prétendoit que ſa Légitime dans les biens de M. de Brion conſiſtoit, par rapport à la coutume d'Auvergne, dans les trois quarts des biens qu'elle met en réſerve. Madame Amelot ſoutenoit au contraire que cette réſerve n'avoit rien de commun avec la Légitime; que l'une devoit s'imputer ſur l'autre, & qu'elle acquittoit les biens des autres coutumes quand elle ſuffiſoit. Voici le diſpoſitif de l'arrêt ſur ce chef de conteſtation: » Quant à la Légitime de droit demandée par » ledit de Brion de ſon chef & de celui de ſes » frères & ſœurs décédés, la cour ordonne qu'elle » ſera priſe & liquidée ſur le total des biens » délaiſſés par ledit de Brion père dans la cou- » tume de Paris & dans celle d'Auvergne, & » icelle Légitime réglée ſur le pied du dixième » pour chacun deſdits enfans, ſuivant l'article 298 » de la coutume de Paris: & à l'égard des biens

» d'Auvergne, selon la quotité de la Légitime » dans la coutume d'Auvergne ; sur la demande » dudit de Brion, de la réserve coutumière d'Au- » vergne, a mis hors de cour & de procès «.

Le quatrième arrêt est intervenu au parlement de Paris le 7 septembre 1724. M. de Senneterre avoit fait un testament par lequel il instituoit pour ses héritiers le maréchal de la Ferté & le marquis de Chateau-Neuf ses deux fils, avec charge de substitution graduelle, perpétuelle, linéale & masculine. Les deux institués passèrent entre eux des arrêts par lesquels, sous le prétexte de la distraction de leur Légitime, ils diminuèrent considérablement les substitutions : le marquis de Château-Neuf prit dans la coutume d'Auvergne les trois quarts dont cette loi défend la disposition ; & quoique ces biens fussent suffisans pour remplir sa Légitime, eu égard à toute la succession, il n'avoit pas encore laissé de la prendre dans les coutumes de Paris, d'Orléans & d'Estampes. Mais il y eut opposition à ces arrêts de la part d'un des appelés aux substitutions : & par l'arrêt cité, la cour ordonna que le marquis de Château-Neuf auroit pour toute Légitime dans la coutume d'Auvergne le tiers de sa portion *ab intestat*, conformément à la novelle 18, & que l'excédent des trois quarts réservés sur cette Légitime seroit imputé sur les biens situés dans les autres coutumes en général.

Le cinquième est du 10 avril 1737. Voici comme il est rapporté par M. Lépine de Grainville : » Jean » Dauche avoit par son testament institué héritière » universelle Jeanne Dauche, mère de Gizolme, » & il avoit fait un legs particulier à sa fille » posthume Magdelaine Dauche. Celle-ci au lieu » de profiter du legs qui lui avoit été fait, deman-

» doit les trois quarts des biens situés dans la cou-
» tume d'Auvergne, & la Légitime sur les biens
» régis par le droit écrit ; ce qui donnoit lieu à la
» question.... jugé par les principes & les motifs
» d'équité, plutôt que par l'autorité des auteurs,
» que l'enfant héritier *ab intestat* ne peut demander
» en même temps les réserves dans une coutume,
» & la Légitime dans une autre, en la qua-
» trième chambre des enquêtes le 10 avril 1737 ».

M. Lépine de Grainville ajoute : » Lors de l'opi-
» nion, M. Dupré, l'un des juges de cette affaire,
» rendit compte que la même question avoit été
» partagée en la troisième chambre des enquêtes, &
» qu'elle avoit été départagée en la quatrième &
» jugée comme ci-dessus en 1723 «.

Le septième arrêt est celui qui a été rendu en révi-
sion au parlement de Flandre le 15 décembre 1764.
Il porte, que le sieur Levaillant de Waudripont,
réduit à sa Légitime par le testament de son père,
*pourra retenir la totalité de ce qui lui est échu par
les dispositions des coutumes dans les biens indis-
ponibles de ladite succession, en imputant & moins
prenant sur la part & portion legitimaire dans les
biens disponibles, la valeur de ce qu'il auroit re-
tenu au dessus de sadite part & portion légitimaire
dans les biens indisponibles* (*).

Voilà sans doute une jurisprudence solidement
établie. On cite cependant des arrêts qui y sont ou
qui y paroissent contraires, & nous ne devons
pas les laisser inconnus. Le plus ancien est du 3
février 1541 ; en voici l'espèce, telle qu'elle est
rapportée par Boullenois.

Imbert de Parthenay, domicilié en pays de

(*) Ajoutez à ces arrêts le jugement rendu entre les
maisons de Condé & de Conti, que l'on a cité plus haut,
sect. 2, parag. 3.

droit écrit, poſſédoit des immeubles, tant en pays de droit écrit qu'en pays de coutumes : il avoit eu un fils unique qui étoit décédé, & qui avoit laiſſé un fils, René de Parthenay, & une fille, Anne de Parthenay.

Imbert de Parthenay, aïeul, inſtitua pour ſon héritier René de Parthenay, ſieur du Bouchage, ſon petit-fils. Son teſtament donna occaſion à la queſtion qui s'éleva après ſa mort entre ce même René de Parthenay, héritier inſtitué, & Anne de Parthenay, ſa ſœur, épouſe du ſieur Dulude. Anne de Parthenay réclamoit dans les biens de coutumes ſes portions & réſerves coutumières; elle prétendoit que le teſtateur n'avoit pu l'en fruſtrer par ſes diſpoſitions teſtamentaires, & outre cela elle demandoit ſa Légitime ſur les biens de droit écrit.

A cette demande, ſon frère oppoſoit que, puiſqu'elle revendiquoit la portion que la coutume avoit affectée au ſang & à la ligne, il falloit qu'elle en tînt compte ſur la Légitime de droit écrit; mais elle répondoit que la maſſe des biens de coutume & la maſſe des biens de droit écrit étoient deux maſſes entièrement différentes; qu'ainſi la première lui devoit la portion réſervée par la loi, que la ſeconde lui devoit une Légitime; & que ces deux dettes lui étant acquiſes par différentes loix & ſur différens territoires, il ſeroit ridicule que l'un acquittât l'autre, & que le bien de coutume ſervît à payer la dette du droit écrit.

La queſtion fut débattue par deux célèbres avocats, François de Montholon pour l'héritier inſtitué, & Gabriel de Marillac pour la fille qui ſe portoit légitimaire en droit écrit. Le rapporteur étoit encore plus célèbre; c'étoit M. de l'Hôpital, depuis chancelier.

Il fut jugé pour Anne de Parthenay qu'elle auroit les réserves coutumières en pays de coutume, & la Légitime en droit écrit, sans aucune imputation sur cette Légitime du droit écrit, de ce qui excédoit dans les réserves coutumières, la Légitime dans les pays de coutume «.

D'après cet exposé, l'arrêt paroît avoir jugé que l'on peut syncoper l'option, choisir les réserves coutumières dans un endroit, & la Légitime dans un autre, sans imputation; & c'est ainsi qu'en parle Dumoulin sur l'article 92 de l'ancienne coutume de Paris. Mais ce qu'on lit dans le même auteur sur l'article suivant, fait naître une toute autre idée, & donne lieu de croire que l'on a seulement jugé que les Légitimes se règlent suivant les différentes loix de la situation. *Judicatum*, dit-il, *quod Legitima debet diverso modo æstimari, secundùm diversos usus locorum & consuetudinum, ac si essent diversa patrimonia.* On a vu plus haut, section 6, que Papon a parlé de cet arrêt dans le même sens, & Carondas l'a entendu de même en ses réponses, livre 10, chapitre 39. Ainsi tout ce que l'on peut en conclure, c'est qu'en 1541 l'on confondoit la réserve coutumière avec la Légitime de droit; mais il y a long-temps que cette erreur est bannie des tribunaux.

La même réponse s'applique à un autre arrêt rapporté par Peleus en sa question 134, qui a jugé pour la compatibilité des réserves coutumières du Poitou, avec la Légitime dans les biens de droit écrit, sans imputation.

Le parlement de Flandre a également décidé par arrêt du 7 avril 1690, que la dame de Hauteroche devoit avoir sa Légitime de droit dans les biens de la Flandre Gallicane, & prendre en

outre le tiers affecté aux puînés dans les fiefs régis par les coutumes d'Ipres & de Courtrai. Mais cet arrêt n'a pas encore eu d'autre motif que la confusion de la réserve avec la Légitime, témoin le détail que M. le président d'Hermanville nous donne des moyens sur lesquels il a été rendu. On soutenoit, dit-il, de la part de l'héritier, que les coutumes d'Ipres & de Courtrai ne réglant pas la quotité de la Légitime, c'étoit par le droit écrit qu'il falloit la déterminer, & l'on concluoit de-là, que la dame de Hauteroche ne pouvoit avoir qu'un neuvième des fiefs, au lieu du tiers qu'elle prétendoit. » L'on soutenoit » au contraire de la part de la légitimaire, que la » Légitime étoit due de droit naturel; que les » coutumes & les loix avoient à la vérité l'au- » torité d'en régler la quote; mais que les cou- » tumes d'Ipres & de Courtrai avoient des dis- » positions assez formelles pour ne pas donner » lieu de recourir au droit, puisqu'elles régloient » la part que les puînés devoient prendre dans » les fiefs, & cette portion étoit le tiers, au » préjudice duquel le père n'avoit pu disposer.... » & c'est à cette considération que la cour s'est » arrêtée en décidant cette question «. Une chose remarquable dans cet arrêt, est que les défenseurs des parties ne paroissent pas avoir dit la moindre chose de l'imputation du tiers indisponible dans la Légitime due par les biens libres; ainsi on ne doit pas trouver surprenant que cette imputation n'ait pas été ordonnée.

Le quatrième arrêt que l'on peut nous opposer est rapporté à la page 231 du tome 29 de cet ouvrage; il confirme une sentence du châtelet, qui *fait délivrance au fils du legs universel porté*

par le teſtament de ſon père ; en conſéquence lui adjuge tous les biens de Paris, la Légitime réſervée à la ſœur, & ordonne que l'on viendra à partage dans la coutume de Meaux. Cet arrêt paroît juger que l'on peut être héritier dans une coutume, & légitimaire dans une autre, ſans rien imputer ; mais c'eſt une fauſſe apparence ; la ſeule queſtion que l'on ait agitée dans cette cauſe, étoit de ſavoir ſi le fils pouvoit réunir la qualité de légataire univerſel des biens de Paris, à celle d'héritier portionnaire dans les biens de Meaux : l'arrêt a adopté l'affirmative, & n'a rien jugé de plus ; car ces termes, *la Légitime réſervée à la ſœur*, n'avoient été inſérés dans la ſentence du châtelet, que pour faire entendre que la fille auroit eu ſon recours ſur les biens de Paris pour ſa Légitime, au cas que les biens de Meaux n'euſſent pas ſuffi pour la remplir.

On ne nous objectera pas ſans doute l'arrêt de la marquiſe de Teſſé du 3 ſeptembre 1744 ; car il a ſeulement jugé, comme on l'a vu plus haut, ſection 2, §. 3, que la réſerve coutumière tenoit lieu de Légitime en Normandie, & les parties convenoient que ſi la coutume de cette province n'avoit pas confondu ces deux droits, comme elles le ſuppoſoient fauſſement, l'imputation n'auroit ſouffert aucune eſpèce de difficulté.

On a fait voir ci-deſſus, ſection 3, §. 2, que la juriſprudence des arrêts a modifié par l'introduction d'une Légitime, l'article de la coutume de Toulouſe qui prononce contre la mère une excluſion totale de l'hérédité de ſon fils. De-là naît une queſtion aſſez analogue à celle que nous venons d'agiter ; c'eſt de ſavoir ſi la mère eſt

obligée d'imputer sur la portion légitimaire qu'on lui donne dans la coutume dont il s'agit, ce qu'elle recueille ailleurs à titre d'héritière. L'affirmative ne seroit susceptible d'aucun doute, si c'étoit par les principes que cette question dût se décider; car les raisons qui militent pour l'imputation des réserves coutumières, reçoivent ici l'application la plus directe & la plus juste : mais peut-on réclamer les principes pour régler une Légitime qu'ils rejettent ? Une portion qui a été introduite contre l'esprit de la loi, ne doit-elle pas avoir des règles toutes particulières ? Il ne faut donc pas trouver surprenant que le parlement de Toulouse ait encore favorisé la mère sur ce point : » Nos arrêts, dit M. de Catelan, ont décidé que » la mère, dans le cas que nous traitons, n'est pas » obligée d'imputer sur la Légitime qu'elle a sur » les biens de son fils, sis dans le gardiage, les » biens sis hors du gardiage auxquels elle suc- » cède *ab intestat*. C'est ainsi que cette question » fut décidée entre Azemace mère, & Rangouse » oncle du défunt, par arrêt du mois de janvier » 1655, en la première chambre des enquêtes, » conforme à d'autres rapportés par M. la Roche- » flavin & par M. Maynard. Ce seroit en effet » priver indirectement la mère de sa Légitime » sur les biens du gardiage, si on lui faisoit im- » puter ce que de droit commun elle reçoit de » la succession *ab intestat* de son fils pour les autres » biens «.

Il ne seroit peut-être pas difficile de faire voir que cette jurisprudence n'est pas aussi contraire aux véritables maximes qu'elle le paroît. Il est constant qu'une portion héréditaire dans certains biens ne doit jamais être imputée sur une autre portion

héréditaire que l'on prend dans des biens d'une eſpèce différente. Or la Légitime dont il s'agit eſt une portion que l'on peut plutôt appeler héréditaire que légitimaire ; car il n'y a point de Légitime dans les ſucceſſions *ab inteſtat* ; ce n'eſt qu'un remède d'humanité contre les diſpoſitions injuſtes & inofficieuſes de l'homme, & il n'eſt pas poſſible d'en appercevoir le vrai caractère dans ce que l'on recueille, lorſque l'homme n'a point diſpoſé.

Autre queſtion. Les quartes falcidie & trébellianique peuvent-elles concourir avec la Légitime, & doivent-elles y être imputées ? Ne perdons pas de vue notre grand principe : les qualités d'héritier & de légitimaire ſont incompatibles dans la même ſucceſſion : ſi donc les quartes falcidie & trébellianique ne peuvent être recueillies qu'à titre d'héritier, il eſt impoſſible que le droit de les diſtraire concoure dans une même perſonne avec celui de prendre une Légitime, & conſéquemment qu'il ſoit queſtion de les imputer dans cette portion.

Que la falcidie ne puiſſe pas être demandée ſans la qualité d'héritier, c'eſt une vérité qui réſulte de la définition même de cette quarte, *lata eſt lex falcidia quâ cavetur ne plus legare liceat quàm dodrantem totorum bonorum, id eſt, ut ſive unus heres inſtitutus ſit, ſive plures, apud eum eoſve pars quarta remaneat* ; ce ſont les termes de Juſtinien en ſes inſtitutes, livre 2, titre 22, §. 1. Auſſi la loi 14, D. *ad legem falcidiam*, dit-elle que la fille inſtituée par ſon père fera, à titre d'héritière, la diſtraction de la falcidie ſur les legs dont elle eſt chargée, *falcidiam quidem jure hereditario filiam habituram reſpondi* ; &

& ce qui tranche toute difficulté, c'eſt que l'on ne doit imputer ſur la falcidie que ce que l'on a reçu du défunt par droit héréditaire ; la loi 91, D. *ad legem falcidiam*, le décide ainſi, & il y en a une foule d'autres qui font entendre la même choſe.

De là il réſulte, comme nous l'avons annoncé d'avance, qu'une même perſonne ne peut jamais réunir le droit de Légitime & celui de falcidie ; & c'eſt ce qui eſt établi par la loi 1, §. 14, D. *ſi cui plus quàm per legem falcidiam* ; par la loi 11, §. 5, D. *ad legem falcidiam*, & par la loi 41, §. 6, D. *de vulgari & pupillari ſubſtitutione*.

A l'égard de la trébellianique, il eſt également certain qu'elle met celui qui veut la recueillir dans la néceſſité de ſe porter héritier, puiſque le grevé qui ſe laiſſe contraindre d'accepter l'hérédité pour n'en pas ſupporter les charges, & qui par conſéquent n'eſt héritier que de nom, perd tout le droit qu'il avoit à cette quarte, ſuivant la loi 14, §. 4, D. *ad Trebellianum*. Auſſi eſt-il inconteſtable dans le droit Romain, qu'elle ne peut jamais concourir avec la Légitime ; Ricard & Voët le démontrent parfaitement ; cela eſt d'ailleurs aſſez clairement établi par la loi 6, C. *ad Trebellianum*, & par le chapitre 1 de la novelle 39.

Cependant une mauvaiſe interprétation des décrétales 16 & 18 *de teſtamentis*, qui n'avoient été faites que pour développer un point de la coutume de Lombardie, a introduit non ſeulement en France, mais encore dans preſque tous les états policés la détraction de la trébellianique concurremment avec celle de la Légitime ; &

une erreur en amenant une autre, on a étendu cet usage à la falcidie ; en sorte qu'aujourd'hui une seule personne peut distraire à la fois trois quartes de différentes sortes, sans être obligée de les imputer respectivement l'une sur l'autre. C'est ce que l'ordonnance de 1735 a confirmé de la manière la plus précise : *Ceux qui ont droit de Légitime*, porte l'article 56 de cette loi, *& qui auront été institués héritiers, pourront faire détraction de la quarte falcidie sur les legs, & de la quarte trébellianique sur les fidéicommis, & retenir en outre leur Légitime.*

Il ne faut cependant pas conclure de cette disposition, que les qualités d'héritier & de légitimaire soient plus compatibles dans nos mœurs qu'elles ne l'étoient chez les Romains ; car tout ce qui est introduit contre les principes ne peut jamais être tiré à conséquence.

Section neuvième.

Du payement de la Légitime.

Il y a trois choses à considérer par rapport au payement de la Légitime, le temps, la manière, & les accessoires. Quand le légitimaire peut-il exiger sa portion ? En quelle nature de biens doit-on la lui fournir ? Quelle restitution de fruits & d'intérêts peut-il prétendre ? Tels sont les objets que nous avons à traiter dans cette section.

§. I. *En quel temps la Légitime est-elle exigible ?*

La Légitime ne peut régulièrement être demandée qu'au moment de l'ouverture de la suc-

ceſſion ſur laquelle elle doit être priſe ; & c'eſt, comme nous l'avons vu ci-devant, par une conſéquence de cette maxime, que l'article 38 de l'ordonnance de 1731 ne la ſoumet à la preſcription que du jour de la mort de celui qui la doit.

Le nommé Guy Rouſſeau ayant eu la témérité de pourſuivre ſon père en juſtice pour l'obliger à lui fournir une Légitime, ſous prétexte que deux de ſes ſœurs avoient été dotées, la cour, par arrêt du 23 décembre 1583, rapporté par Robert, le déclara non recevable, & lui enjoignit d'en demander pardon à ſon père.

Le ſieur Gilbert & ſa femme en mariant leur fille au ſieur de Némond, lui avoient promis une dot conſidérable qu'ils ſe trouvèrent hors d'état d'acquitter : pour ſe ſouſtraire aux pourſuites de leur gendre, ils lui firent une démiſſion de biens. Cet acte fut pour leurs autres enfans le prétexte d'une demande en Légitime qu'ils intentèrent contre les ſieur & dame de Némond : mais par arrêt du 4 ſeptembre 1685, rendu ſur les concluſions de M. Talon, ils furent déclarés non recevables, ſauf à eux à ſe pourvoir après le décès des père & mère.

Guy-Pape fait mention de pluſieurs arrêts ſemblables rendus de ſon temps au parlement de Grenoble. M. Maynard en rapporte un du parlement de Bordeaux du 12 mars 1603, qui paroît avoir jugé le contraire : mais il a été motivé par des circonſtances particulières, & notamment par des offres que le père avoit faites au procès.

La coutume de Normandie renferme là-deſſus une diſpoſition expreſſe. Elle donne aux enfans

pour Légitime le tiers des biens que leur père poſſédoit au moment de ſon mariage ; *& néanmoins*, ajoute-t-elle, article 399, *la jouiſſance en demeure au mari ſa vie durant, ſans toutefois qu'il le puiſſe vendre, engager ni hypothéquer ; comme en pareil cas les enfans ne pourront vendre, hypothéquer ou diſpoſer dudit tiers avant la mort du père.*

Les interprètes apportent néanmoins quelques exceptions à cette règle. 1°. Fernand & Chopin ſoutiennent qu'un père peut être contraint d'avancer la Légitime de ſon fils pour lui ſauver la vie ou l'honneur dans le cas d'une accuſation publique ; M. Benoît aſſure même l'avoir ainſi entendu dire de M. de Rochefort, chancelier de Louis XII, tenant les ſceaux à Nantes en octobre 1500. » Mais, dit le Brun, cela eſt auſſi » éloigné de l'uſage que de la diſpoſition du droit » & de la loi 26, D. *de pœnis* ; en matière de » crimes le père n'étant jamais tenu de payer » pour ſon fils, principalement quand le fils eſt » pubère «. Il y a à la vérité quelques arrêts qui ont condamné des pères à réparer les dommages cauſés par leurs enfans ; mais ce ſont des circonſtances particulières qui ont motivé ces déciſions, & d'ailleurs elles n'ont point été données en faveur des enfans mêmes, mais de ceux à qui ils avoient préjudicié par leurs délits.

2°. M. Maynard prétend qu'un fils devenu inſolvable ſans ſa faute, peut obliger ſon père à lui fournir ſa Légitime pour le tirer de priſon. Il rapporte cependant un arrêt par lequel le parlement de Toulouſe *en auroit dit & jugé tout le contraire, par des circonſtances qui réſultoient du procès & actes d'icelui.* Il eſt aiſé de ſe con-

vaincre, d'après ce que nous venons de dire, que cet arrêt eſt très-juridique, abſtraction faite même des prétendues circonſtances d'après leſquelles il a été rendu.

3°. Il y a dans Bardet un arrêt du 6 août 1619, qui a condamné un père à rembourſer au nommé Boiſſeron, ce qu'avoit payé celui-ci pour tirer ſon fils de l'eſclavage chez les Algériens; & l'on prétend inférer de là, qu'un enfant captif peut forcer l'auteur de ſes jours à contribuer à ſa rançon juſqu'à concurrence de ſa Légitime. Cette conſéquence a été effectivement adoptée par deux arrêts des 4 juin 1627 & 7 février 1664; mais c'étoit en faveur de chevaliers de Malthe: » C'eſt un droit, dit le Brun, qui ne s'eſt établi » que pour eux, ſur le fondement que leur ordre » ne les rachète jamais, & que le père qui en- » gage ſon fils dans l'ordre de Malthe, dont il » fait les uſages, s'attend à le racheter, s'il eſt » fait captif «. Quant à l'arrêt rapporté par Bardet, » on jugea volontiers, dit encore le Brun, que le » père avoit donné les mains au voyage de ſon » fils, dans lequel il avoit été fait captif: car au » ſurplus le droit ne condamne point préciſément » le père à racheter ſon fils captif, mais il ſe » contente de l'y inviter en l'authentique *ſi cap-* » *tivi*, C. *de epiſcopis & clericis*, & de donner » d'autres ſûretés à celui qui rachète un captif, l. » 2, C. *de poſtliminio reverſis* «.

4°. Balde, Paul de Caſtres, Alexandre, Cagnolus, Surdus, Gratien, Fachini & pluſieurs autres auteurs ſoutiennent qu'un père diſſipateur peut être forcé par ſes enfans de leur aſſurer de ſon vivant un fonds pour leur Légitime: mais la raiſon ſur laquelle ils ſe fondent eſt que tout dé-

biteur dont la fortune tombe en décadence, peut être contraint de donner des cautions ou des hypothèques pour la sûreté d'une dette non échue : or, disent-ils, le père est débiteur de la Légitime de ses enfans ; sa dissipation autorise donc ceux-ci à prévenir le temps auquel les loix ont fixé l'échéance de cette portion. On peut, ajoutent-ils, appuyer cette conséquence sur la loi 50, D. *ad Trebellianum* ; en voici l'espèce : un père avoit été institué héritier, à la charge de restituer la succession à son fils, lorsqu'il seroit émancipé, *si in suâ potestate esse desiisset* : comme il dissipoit une grande partie des biens compris dans cette substitution, & qu'il retenoit toujours son fils sous sa puissance, on étoit en peine comment on pourvoiroit à l'exécution de la volonté du testateur. L'empereur Adrien décida que le père restitueroit actuellement à son fils l'hérédité dont sa mauvaise conduite le rendoit indigne de jouir plus long-temps, & qu'il n'y pourroit plus prétendre que des alimens, en cas qu'il n'eût pas d'ailleurs de quoi s'en procurer. Cette décision, disent les auteurs cités, s'applique d'elle-même à notre espèce, car les enfans n'ont pas moins de droit à leur Légitime qu'au fidéicommis dont leur père est chargé envers eux ; & la demande en restitution anticipée d'un fidéicommis, n'est pas plus régulière que celle du payement prématuré d'une Légitime. Il faut donc que la prodigalité du père ait le même effet à l'égard de l'une qu'à l'égard de l'autre.

La jurisprudence de Normandie est absolument conforme à ce système. Quoique l'article 399 de la coutume de cette province ordonne expressément que le père jouisse jusqu'à sa mort du tiers con-

sacré à la Légitime de ses enfans, on ne laisse pas de juger au parlement de Rouen, qu'il perd cette jouissance lorsqu'il devient insolvable, qu'il fait cession de biens, ou que tous ses immeubles sont mis en décret. Basnage en rapporte des arrêts rendus les 10 avril 1631, 23 août 1666, & 11 février 1667. On oblige cependant les enfans de contribuer sur le tiers qu'ils obtiennent prématurément, à la nourriture & à l'entretien de leur père : le second des arrêts cités en renferme une disposition expresse.

Mais cette jurisprudence doit-elle servir de règle aux autres tribunaux ? Peut-on regarder comme un point de droit commun la faculté qu'elle accorde à un fils dans le cas proposé, de dépouiller un père de son vivant par la demande prématurée d'une Légitime ? Les autorités & les raisons que nous venons de rapporter sembleroient devoir le faire penser ainsi ; mais un peu d'attention dissipe le prestige. C'est en quelque sorte accélérer la mort d'un homme que de vouloir lui succéder pendant sa vie ; & si l'on pouvoit tolérer de pareils procédés, ce ne seroit certainement pas dans un fils ; l'amour filial doit éloigner de lui toute idée qui pourroit faire soupçonner qu'il pense à profiter du décès de son père pour recueillir une partie de ses biens ; & conséquemment on doit rejeter avec indignation la demande qu'il feroit d'une Légitime avant l'échéance.

L'exemple du débiteur insolvable que l'on oblige de donner des sûretés avant que le terme de sa dette ne soit arrivé, & celui du père dissipateur que la loi condamne à restituer un fidéicommis avant son ouverture, ne prouvent rien

contre ce ſentiment, parce que dans ces hypothèſes il n'y a rien de la part du créancier ou du fils qui puiſſe être regardé de mauvais œil ; l'un cherche à aſſurer ſa créance, l'autre à conſerver une ſubſtitution à laquelle il eſt appelé après ſon émancipation ; tous deux ont en leur faveur des droits certains & qu'ils peuvent exercer ſans rougir du vivant du débiteur ou du père. Mais un enfant ne peut demander une Légitime avant qu'elle ne ſoit échue, ſans faire entendre que la vie de ſon père lui paroît trop longue ; ſa précipitation eſt donc odieuſe, elle révolte la nature, & certainement la crainte que ſon père ne diſſipe tout ne la juſtifie pas.

D'ailleurs, les loix & la raiſon nous diſent qu'il ne faut point recourir à une voie extraordinaire, lorſque l'on peut conſerver ſes droits par un remède ordinaire : or les enfans d'un diſſipateur ont entre les mains un moyen légal d'arrêter les déſordres de leur père, puiſqu'ils peuvent le faire interdire : il ne doit donc pas leur être permis d'intenter contre lui une demande auſſi contraire aux principes, que le ſeroit celle en anticipation de payement de leur Légitime.

On dira peut-être qu'il n'eſt pas moins odieux de voir des enfans provoquer l'interdiction de leur père, que demander une partie de ſa ſucceſſion avant ſa mort. Mais, 1°. quand ces deux voies ſeroient également défavorables, il ſuffiroit toujours que l'une fût ſeule indiquée par les loix, pour que l'on ne pût donner la préférence à l'autre. 2°. On ne peut diſconvenir qu'une demande en interdiction eſt moins odieuſe de la part d'un fils, que celle en payement anticipé d'une Légitime : la première n'a point d'autre objet direct que

l'intérêt du père, & l'on ne paroît s'occuper, en l'intentant, que du soin d'assurer sa subsistance. La seconde, au contraire, ne tend qu'à l'avantage du fils, & elle ne décèle que la crainte dont il est agité que son père ne vive encore trop long-temps & ne consume les biens sur lesquels il espère de prendre sa Légitime.

Au reste, l'avis que nous soutenons est aussi celui de Jason, de Pinellus, de Salicet, de Vasquius & de Voët.

§. II. *En quelle nature de biens la Légitime doit-elle être fournie ?*

La Légitime doit être payée des propres biens du défunt, *ex ipsâ substantiâ patris*, dit la loi 36, C. *de inofficioso testamento*. Aussi tous les auteurs conviennent-ils que l'on doit la fournir en fonds héréditaires, & que l'on n'est point recevable à en offrir l'estimation en deniers. C'est aussi ce qui a été jugé par une foule d'arrêts : Bouchel & des Maisons en rapportent trois rendus au parlement de Paris les 19 juin 1540, 22 mars 1558, & 15 juillet 1661. La Rocheflavin nous en fournit cinq du parlement de Toulouse datés de l'an 1497, & des 25 juin 1567, 19 juin 1570, 14 novembre 1573, & 18 juin 1574. Carondas en a conservé un du grand conseil du 9 février 1551 ; & il y en a un semblable dans Brillon rendu au parlement de Rouen, sur une évocation de celui de Bretagne, le 27 août 1666.

Cette règle ne doit cependant pas s'entendre à la lettre : quand le défunt n'a laissé que de l'argent comptant, il est certain que l'héritier n'est pas obligé de fournir la Légitime en immeubles,

cela seroit même contraire à l'esprit de notre règle, car la Légitime étant une quote des biens que l'on auroit eus *ab intestat*, il faut que le payement en soit fait avec ces biens mêmes, quels qu'ils soient. Par la même raison, il est clair que si le défunt a laissé des immeubles & des effets mobiliers, ce qui arrive presque toujours, le légitimaire est obligé de recevoir des deux espèces de biens pour la portion qui lui est due : l'additionnaire de le Brun prétend que l'arrêt de la princesse de Nassau du 2 août 1758, est contraire à ce principe ; mais c'est une mépriſe ; il est vrai que cet arrêt porte entre autres choses : *Et où par l'évènement du procès-verbal de liquidation des fruits, ladite Charlotte de Mailly de Néelle se trouveroit créancière de portion des restitutions de fruits & intérêts, ordonne qu'elle en sera payée en corps héréditaires desdites successions, même sur les biens compris dans la donation du 25 juillet 1700, suivant l'estimation qui sera faite desdits corps héréditaires en présence de .... Ordonne pareillement que ladite Charlotte de Mailly de Néelle sera payée en corps héréditaires desdites successions de sa portion légitimaire dans les sommes mobilières comprises dans la masse des biens régis par la coutume de Paris, tant en principal qu'intérêts.* Mais ce que le même arrêt ajoute fait voir que cette première disposition n'est que conditionnelle : *Pourra néanmoins ledit Louis de Mailly de Néelle payer en deniers comptans la portion revenante à ladite Charlotte de Mailly de Néelle dans les sommes & effets mobiliers régis par la coutume de Paris, même ce qui se trouvera rester dû desdites restitutions de fruits & intérêts d'iceux, ce qu'il sera tenu de faire trois*

mois après ledit procès-verbal de liquidation de fruits, &c.

Il ne faut pas même conclure de cet arrêt, qu'un héritier puisse forcer le légitimaire à accepter des fonds en payement de ce qu'il a droit de prétendre dans les effets mobiliers ; cela seroit contraire à l'idée que présente naturellement une quote de tous les biens : & il faut qu'il se soit trouvé des circonstances particulières dans la cause de la princesse de Nassau, pour en ordonner autrement.

Le Brun propose à ce sujet une espèce remarquable. Une fille a été mariée & dotée en deniers par son père ; le père est mort laissant un fils, quelques immeubles, & beaucoup de dettes. Le fils demande sa Légitime à sa sœur, & prétend l'avoir en deniers ; la fille au contraire veut la lui fournir en immeubles : on demande qui des deux est fondé. Il faut répondre que c'est le fils : l'ordre naturel exige que les dettes se prennent sur les biens existans lors de la mort : dans notre espèce, ces biens sont absorbés par les dettes, il faut donc que la dot de la fille fournisse la Légitime du fils ; & comme cette dot consiste en deniers, c'est aussi en deniers que la Légitime doit être payée, car tout l'effet de l'action en retranchement, est de faire retomber dans les mains du frère l'excès de la donation faite à la sœur.

Le droit du légitimaire de demander sa portion en corps héréditaires, ne l'autorise pas à morceler tous les biens de la succession : c'est ce que l'on peut inférer des loix 26 & 27, D. *de legatis* 1°. & de la loi 2, C. *quandò & quibus quarta pars.* On demande à cette occasion si l'arbitre nommé pour régler le lot du légitimaire, doit y faire entrer les meilleurs biens ou

les pires. Le Brun répond, » qu'il doit éviter » l'une & l'autre extrémité, comme il eſt dit » dans la matière du legs de choix & d'option; » que celui à qui on a légué un eſclave ne doit » avoir ni le meilleur ni le pire de tous.... En » effet, le légitimaire a part dans tous les biens : » ainſi il faut qu'il ſe ſente du bien & du mal » de chaque eſpèce de biens «. On trouve dans Expilly un arrêt du parlement de Grenoble du 23 février 1613, qui a jugé conformément à cette opinion. M. Favre en rapporte un ſemblable rendu au ſénat de Chambéry le 17 août 1588.

Il y a pluſieurs exceptions à la règle qui ordonne de fournir la Légitime en corps héréditaires. 1°. Lorſqu'il ne ſe trouve que des fiefs dans la ſucceſſion, & que la coutume du lieu de leur ſituation ne permet pas de les diviſer, même entre cohéritiers, le légitimaire peut être contraint de recevoir en deniers la portion qu'il a dans ces biens : c'eſt ſur ce fondement, qu'en Normandie les enfans ne peuvent demander leur tiers en nature ſur les fiefs décrétés à la charge de leur père : le parlement de Rouen l'a ainſi jugé par arrêts des 30 juin 1643, 19 mai 1648, 14 juin 1671, & 1 février 1672, rapportés par Baſnage.

2°. On prétend que cette juriſprudence doit avoir lieu par-tout pour les fiefs de dignité, comme s'ils étoient indiviſibles, même dans les coutumes qui ſoumettent indiſtinctement les fiefs au partage. La Rocheflavin & Bouchel citent pour cette opinion un arrêt du 10 février 1525, rendu en faveur du baron de Leſcure; un autre du 4 juillet 1566 pour le comte de Carmaing; un troiſième du 27 janvier 1584, pour le vicomte de Bourniquel; un quatrième du 30 mars

1591. Mais cette opinion n'eſt pas vraie indiſtinctement. Les fiefs qualifiés de duchés, de marquiſats, de comtés, de baronnïes, devoient être impartables dans les premiers temps de la féodalité, parce qu'alors ils étoient joints à des emplois civils ou militaires qui n'admettoient point de diviſion; mais dans l'état actuel des choſes, rien n'empêche de les partager comme les fiefs ſimples : Dumoulin le décide de la ſorte; & ſi ſon ſentiment ſouffre quelque difficulté pour les terres dont l'érection en dignité remonte au temps où les fiefs étoient la récompenſe des offices que l'on rempliſſoit, au moins on ne peut pas le conteſter par rapport à celles qui n'ont été titrées qu'après cette époque. C'eſt ce que penſent Chopin & Loyſeau, & c'eſt ce qu'a jugé *in terminis* un arrêt de la grand'chambre du 5 février 1778, rendu ſur les concluſions de M. Joly de Fleury, plaidant M. Racine pour le marquis de Drou, & M. Martineau pour les dames de Tavannes & de Maupeou. Il s'agiſſoit de ſavoir ſi le marquis de Drou pouvoit retenir en nature pluſieurs terres qui avoient été érigées en marquiſat l'an 1682, moyennant une récompenſe en deniers qu'il offroit à ſes ſœurs : l'arrêt cité a ordonné que ces terres ſeroient partagées ſuivant la coutume.

3°. Nous avons vu ci-devant, ſection 8, §. 2, qu'il y a en Provence un ſtatut qui permet à l'héritier de payer la Légitime en nature ou en argent, à ſon choix.

4°. En Normandie, lorſque les enfans demandent leur Légitime aux acquéreurs des biens de leur père, il eſt libre à ceux-ci de la leur fournir en eſtimation : c'eſt ce que porte l'article 403

de la coutume : » Et où le père auroit fait telle » aliénation de ses biens, que ledit tiers ne se » pourroit prendre en essence, ses enfans pour- » ront révoquer les dernières aliénations jusqu'à » la concurrence dudit tiers, si mieux les acqué- » reurs ne veulent payer l'estimation du fonds » dudit tiers en roture au denier vingt, & en fief » noble au denier vingt-cinq «.

5°. C'est une opinion assez généralement reçue, que quand le légitimaire a reçu à compte de sa portion un legs de deniers que le défunt lui avoit laissé, il ne peut plus demander son supplément en corps héréditaires, en sorte que le payement doit être complété en même nature de biens qu'il a été commencé : c'est ce qui a été jugé par plusieurs arrêts. M. Favre en rapporte un du sénat de Chambéry du 25 août 1588 ; la Rocheflavin en cite un autre du parlement de Toulouse du 28 mars 1543 ; il y en a deux semblables rendus par la même cour en août 1714, & mai 1718 ; ils sont rapportés par Serres. Papon & Chorier nous en ont conservé deux autres du parlement de Grenoble ; le premier est de l'an 1460, le second du 9 juin 1673. Mais cette jurisprudence est-elle exacte & conforme aux principes ? M. Favre démontre parfaitement la négative. Quel rapport, dit-il, peut-on imaginer entre ces deux propositions ? Le legs fait par le testateur & accepté par le légitimaire, consiste en deniers, donc c'est en deniers que doit être fourni le supplément de Légitime. Sur quelle loi cette conséquence est-elle fondée ? Où est le texte, le principe, la raison qui empêche de demander en nature le restant d'une chose dont on a bien voulu recevoir une partie en estimation ? Un

homme me devoit mille écus; j'ai consenti qu'il me donnât en payement un immeuble valant quinze cents livres, s'ensuit-il de là qu'il pourra me forcer à prendre d'autres immeubles en payement des quinze cents livres dont il m'est resté redevable? D'ailleurs Justinien décide généralement dans la loi 36, C. *de inofficioso testamento*, que le supplément de Légitime doit être fourni en corps héréditaires, *repletionem fieri ex ipsâ substantiâ patris*: pourquoi donc excepter de cette décision le cas où le legs qu'a laissé le testateur ne consiste qu'en deniers? Pourquoi distinguer, lorsque la loi ne le fait pas & qu'aucune raison n'oblige de le faire?

On demande s'il est au pouvoir d'un testateur de régler tellement l'assignat de la Légitime, que le légitimaire soit obligé de s'y tenir? Par exemple, un père lègue à son fils une somme qui, après l'estimation faite, se trouve égale à sa portion légitimaire; le fils pourra-t-il répudier le legs & exiger sa Légitime en nature? M. Favre soutient qu'il ne le peut pas, & il se fonde sur le silence que les loix ont gardé là-dessus. Mais cette opinion nous paroît fausse par deux raisons bien évidentes: d'abord l'acceptation d'un legs est toujours un acte de volonté libre; il y a une foule de loix qui permettent aux légataires de répudier les dispositions faites en leur faveur, & il ne paroît pas que l'on en ait excepté ceux qui ont droit de Légitime: en second lieu, c'est un principe constant que la Légitime ne dépend point du testateur, que les loix seules doivent la régler, & qu'elle est exempte de toutes charges: or, ne seroit-ce pas la soumettre à la volonté du testateur, que d'autoriser celui-ci à l'assigner irré-

vocablement sur certains biens plutôt que sur d'autres? Seroit-ce la régler par les dispositions des loix, que de ne pas permettre au légitimaire de la prendre telle que les loix la lui donnent? Ne seroit-ce pas en diminuer l'avantage, que d'obliger le légitimaire à chercher & peut-être à attendre long-temps l'occasion d'en employer le montant? L'opinion de M. Favre doit donc être mise au nombre des paradoxes que ce grand magistrat ne s'est que trop plu à soutenir, & lui-même convient qu'elle est rejetée universellement (*). M. Maynard, livre 7, chapitre 6, rapporte un arrêt sans date du parlement de Toulouse, par lequel il a été jugé que *le fils répudiant le légat, comme il peut faire, n'ayant rien pris d'icelui, ni autrement accepté, venant à la demande de sa Légitime en corps héréditaires, en ce cas l'héritier ne peut empêcher que ledit fils n'ait sa Légitime en corps héréditaires.* M. de Baralle dit également qu'il a été décidé au parlement de Flandres le 21 mai 1695, » que le sieur de » Tranche n'étoit pas obligé de prendre à compte » de sa Légitime ce que sa mère lui avoit donné » par testament; mais qu'il pouvoit tout répudier » pour prendre sa Légitime sur les autres biens, » tel qu'il seroit arbitré «.

(*) Nihil in praxi & in tribunalibus certius est & receptius quàm .... eum cui aliquid pro Legitimâ relictum est sive in pecuniâ, sive in certis corporibus bonorum, cogi non posse ut testatoris judicium agnoscat, etiamsi quod relictum est sufficiat ad legitimam portionem; sed posse, si malit, repudiato eo quod sibi relictum est, Legitimam petere & obtinere in corporibus bonorum. *De errorib. pragmat. decad.* 15, *n.* 2.

§.

§. III. *Des fruits & intérêts de la Légitime.*

La queſtion de ſavoir de quel jour doivent courir les fruits & intérêts d'une Légitime, peut ſe préſenter en deux cas différens; le premier eſt lorſque la Légitime ſe prend ſur des biens dont le defunt étoit encore ſaiſi au moment de ſa mort; le ſecond, lorſqu'elle ſe prend par la voie du retranchement ſur des donations entre vifs ou des conſtitutions de dots.

On a expoſé au mot INTÉRÊTS, tome 32, page 304, les principes relatifs au premier cas. Nous nous bornerons ici à indiquer les arrêts qui les ont confirmés ou modifiés.

Que les fruits de la Légitime ſoient dus depuis l'ouverture de la ſucceſſion, lorſque cette portion eſt fournie en corps héréditaires, c'eſt ce qui a été jugé au parlement de Paris les 2 janvier 1590, 6 janvier 1606, & 2 août 1758; au parlement de Toulouſe les 25 juin 1567, 19 juin 1570, 18 juin 1574; au parlement de Grenoble le 6 juillet 1632; au parlement d'Aix, le 16 février 1583 (*); au ſénat de Chambéry les 9 février

(*) M. de Thoron cite cet arrêt comme ayant jugé que » le légitimaire peut agir contre les légataires ou acheteurs, » non ſeulement pour le fonds & capital de la Légitime, » mais auſſi pour les fruits, depuis le jour que le tiers-poſ- » ſeſſeur a commencé de les prendre ſeulement, & non » pas pour les fruits que l'héritier a lui-même perçus avant » l'aliénation & procès intenté par le légitimaire «. Mais Duperrier, qui atteſte avoir vu cet arrêt ſur le regiſtre, dit qu'il » a jugé le contraire, & adjugé tous les fruits au » légitimaire depuis le décès de ſon père, ſur les biens » tenus par les tiers-poſſeſſeurs «.

1590, & 6 juin de la même année. Tous ces arrêts ſont rapportés par M. Louet, Mornac, l'annotateur de le Brun, la Rocheflavin, Baſſet, M. Favre & Duperrier.

Il y en a un du parlement de Dole, rendu en ſeptembre 1603, qui a excepté de cette déciſion le cas où les effets ſoumis à la Légitime ne produiſent de leur nature aucune eſpèce de fruits.

A l'égard des intérêts dont il ne peut être queſtion que lorſque la Légitime eſt fournie en deniers, il a été jugé par un arrêt du parlement de Toulouſe, du 8 décembre 1597, rapporté par M. de Cambolas, qu'ils n'étoient dus que du jour de la demande; mais cet arrêt a certainement été motivé par des circonſtances particulières, car le parlement de Toulouſe a toujours ſuivi l'opinion de ceux qui font courir ces intérêts du jour de l'échéance de la Légitime; témoins les arrêts qu'il a rendus les 14 novembre 1573, 9 mars 1705, 7 ſeptembre 1735, & 10 ſeptembre 1743: le premier eſt rapporté par la Rocheflavin; le ſecond par Dejuin, & les deux autres par Serres. Le parlement de Rouen a jugé la même choſe, par arrêt du 9 août 1724, inſéré dans une des nouvelles notes ſur Baſnage; & telle eſt la juriſprudence de toutes les cours du royaume.

Le parlement de Bordeaux juge, comme on l'a dit au mot *Intérêts*, que la Légitime ceſſe de produire des intérêts de droit, lorſqu'elle paſſe en ligne collatérale par le décès du légitimaire, ou qu'elle eſt cédée à un étranger. Mais, comme on l'a obſervé au même endroit, les autres cours ſe ſont fait une maxime conſtante de l'opinion contraire; tel eſt entre autres le parlement de Toulouſe, dont les trois derniers arrêts que nous

venons de citer ont décidé formellement que les intérêts de la Légitime courent aussi bien en faveur d'un collatéral ou d'un étranger, qu'en faveur du légitimaire lui-même. Un acte de notoriété du parlement de Provence atteste pareillement que l'usage de ce tribunal » est qu'en matière de droits » de Légitime dus aux enfans sur les biens & » héritages de leurs père & mère, lesdits droits » portent intérêt de leur nature sans jugement, ni » même demande depuis le décès de leurs père » & mère, même quand par le décès desdits » enfans leur droit a passé à des parens collatéraux «.

Lorsque le légitimaire est nourri dans la maison de l'héritier, les intérêts qu'il a droit de prétendre doivent ordinairement se compenser avec les alimens qu'on lui fournit : mais cette compensation n'auroit pas lieu, si le légitimaire travailloit au profit de l'héritier, & que son travail fût suffisant pour acquitter sa nourriture ; le parlement de Toulouse l'a ainsi jugé par deux arrêts rapportés dans le journal de Dejuin, tome 5, page 234, & tome 6, page 288.

Le taux des intérêts de la Légitime dépend de celui de l'ordonnance ; ainsi il est actuellement au denier vingt. L'héritier ne seroit pas recevable à en demander la réduction, sous prétexte que les biens qu'il auroit pu donner en payement eussent produit beaucoup moins : » cela est certain dans » l'usage, & a été jugé par un arrêt du 2 mars » 1638 «, dit l'additionnaire de Dupertier.

Peut-on appliquer tout ce que nous venons de dire au cas où la Légitime se prend sur des donations entre vifs ou des constitutions de dots ? Cette question présente quatre hypothèses diffé-

rentes : 1°. de quel jour peut-on demander les fruits d'une Légitime prise sur une donation d'immeubles ? 2°. De quel jour peut-on demander les intérêts d'une Légitime sur une donation de deniers ? 3°. De quel jour peut-on demander les fruits d'une Légitime sur une dot immobilière ? 4°. De quel jour peut-on demander les intérêts d'une Légitime sur une dot constituée en argent ?

Première hypothèse. L'article 41 de l'ordonnance de 1731 veut que les fruits des biens dont la donation est révoquée par la survenance d'enfans, ne puissent être répétés à la charge du donataire, que du jour que la naissance de l'enfant lui a été notifiée par un acte en bonne forme. On peut, ce semble, conclure de là, que le légitimaire ne peut se faire restituer les fruits perçus par un donataire, que du jour de son action en retranchement ; » d'autant mieux, dit Furgole, que le » retranchement ne se fait pas de plein droit, » mais seulement lorsqu'on propose la plainte » d'inofficiosité ; le titre & la bonne foi du dona- » taire subsistent jusques à l'interpellation judi- » ciaire, & par conséquent le cas paroît plus favo- » rable pour le donataire, que celui de la révo- » cation qui se fait (de plein droit) par la loi *si* » *unquam* «.

Malgré ces raisons, Furgole décide que le donataire doit être condamné à la restitution des fruits du jour de la mort du donateur : 1°. parce que la Légitime est due de plein droit aussi-tôt que la succession est ouverte : 2°. parce que la loi la sépare des autres biens, avant même que la demande en ait été formée : 3°. parce qu'elle est affranchie de toutes les charges & de tous les délais que le défunt pourroit lui imposer : 4°. parce

que l'action en retranchement la fait rentrer dans le patrimoine du donateur, comme si elle n'en étoit jamais sortie (*), & qu'il en doit être de même des fruits, qui sont une suite de la propriété.

Seconde hypothèse. Il y a plus de difficulté par rapport au donataire d'une somme de deniers : outre son titre & sa bonne foi, il peut encore dire que l'action en retranchement est un remède extraordinaire ; qu'ainsi on ne doit pas en étendre l'effet aux intérêts, qui d'ailleurs sont odieux & ne sont pas dus, *propter lucrum petentium, sed propter moram non solventium*, suivant les termes de la loi 17, §. 5, D. *de usuris.*

Cependant Furgole décide encore que les intérêts sont dus dès le moment du décès. Sa raison en est, que la Légitime ne souffre pas le moindre délai, qu'ainsi on doit la supposer demandée & payée à l'instant même de son échéance ; » que si les in-» térêts n'étoient pas accordés au légitimaire, il » seroit privé de ses alimens pour le temps qu'il » auroit laissé passer sans intenter son action, & » il seroit obligé d'employer le capital de sa » Légitime pour payer les dettes qu'il pourroit » avoir contractées pour se nourrir ; ce qui seroit » contraire à l'esprit de la novelle 18, chapitre 3. » Du reste, il n'y a rien d'exorbitant dans les » loix qui ordonnent le retranchement des dona-» tions excessives ; car il n'a été introduit que par » un motif d'équité, parce que les pères ne doivent » pas donner tout à l'un de leurs enfans, & priver » les autres même de leur subsistance «. Il y a

(*) C'est la décision de la loi 5, C. *de inofficiosis donationibus*, aux mots *ad patrimonium tuum revertitur.*

dans le journal du palais un arrêt du 14 mars 1675, qui a jugé conformément à cette opinion.

Troisième hypothèse. Les raisons qui militent pour assujettir le donataire d'un immeuble à la restitution des fruits du jour de l'échéance de la Légitime, reçoivent une application directe & entière à la constitution de dot immobilière ; car on a prouvé ci-devant que le retranchement de la dot se fait de la même manière que celui des donations simples.

Quatrième hypothèse. Faut-il aussi appliquer à la dot constituée en deniers ce que nous avons dit au sujet des donations pécuniaires ? L'affirmative est sans difficulté, lorsque l'action en retranchement n'est exercée que contre la sœur dotée, parce que vis-à-vis de son frère réduit à sa Légitime, elle doit être considérée comme une donataire véritable.

Mais si le mari étoit intéressé dans cette action, il faudroit, suivant un arrêt du parlement de Grenoble du 6 septembre 1653, rapporté par Basset, n'adjuger les intérêts au légitimaire que du jour de la sentence de discussion des biens dont le père étoit saisi au moment de sa mort. » Ce n'est pas, » dit Furgole, que nous croyions que la discussion » pour établir l'insuffisance des biens du père, » soit nécessaire pour mettre dans la mauvaise foi » le gendre qui a reçu la dot à lui constituée ; car, » comme nous l'avons prouvé ci-dessus, la bonne » foi ne doit pas entrer en considération, à cause » de la loi 5, C. *de inofficiosis donationibus*, qui » fait rentrer les donations dans le patrimoine du » donateur, jusqu'à concurrence du retranchement » qui doit être fait pour les Légitimes. Mais il nous » semble que la loi 1, C. *de condictione indebiti*,

» peut recevoir dans ce cas une application assez » juste, parce que le gendre auquel le beau-père » a constitué une dot plus forte que ses biens ne » pouvoient supporter, doit être considéré comme » ayant reçu le payement d'une somme non due, » en ce que la dot excède les facultés du consti- » tuant; & comme dans le cas auquel la loi » accorde l'action *condictionis indebiti*, les intérêts » ne sont pas dus avant l'interpellation, aussi ne » doit-on pas les adjuger au légitimaire contre son » beau-frère, qui est assez malheureux de souffrir » un retranchement de la dot par lui reçue de » bonne foi, & auquel il ne s'attendoit pas lors- » qu'il s'est marié «.

Nous laissons à juger si ces raisons & l'arrêt qu'elles ont motivé, peuvent l'emporter sur ce grand principe, que la Légitime ne souffre point de délai pour quelque cause que ce soit, & qu'elle doit être censée demandée aussi-tôt qu'elle est échue. Une chose bien certaine, c'est que la faveur de la dot ne doit pas être ici considérée, parce qu'elle est, en quelque sorte, éclipsée par les priviléges que la nature & la loi ont accordés au légitimaire.

Voyez à l'article SUBSTITUTION, si un légitimaire peut demander à l'héritier fidéicommissaire le payement des intérêts qui ont couru pendant la jouissance du grevé.

SECTION DIXIÈME.

Des actions concernant la Légitime.

Le légitimaire a trois actions; la première, pour demander la fixation de sa Légitime; la

ſeconde, pour en obtenir le payement lorſqu'elle eſt fixée ; la troiſième, pour s'en aſſurer la garantie lorſqu'elle eſt payée.

La fixation de la Légitime dépend principalement de trois choſes : 1°. de la vérification du patrimoine du défunt : 2°. de l'eſtimation qu'il faut en faire : 3°. du partage qui doit s'opérer entre les héritiers & le légitimaire.

La manière la plus ſimple & la plus certaine de conſtater le montant des biens ſujets à la Légitime, eſt de les faire inventorier auſſi-tôt après la mort du défunt, conformément aux règles tracées dans les articles INVENTAIRE & SCELLÉ.

Mais lorſque cette formalité n'a pas été remplie par l'héritier, quelles reſſources peut-il reſter au légitimaire ? L'uſage lui en donne deux ; l'une eſt de demander l'exhibition de tous les titres & papiers qui ſe ſont trouvés dans la ſucceſſion ; l'autre de faire une enquête par commune renommée de la fortune du défunt.

Il paroît au premier abord aſſez ſingulier que l'héritier puiſſe être obligé de repréſenter ſes titres au légitimaire, car c'eſt celui-ci qui eſt demandeur, & un demandeur doit régulièrement vérifier ſa demande, comme il le trouve à propos, ſans pouvoir forcer ſon adverſaire à produire ſes propres titres. *Nemo tenetur edere contra ſe.* Mais cette maxime admet une exception par rapport aux titres communs entre le demandeur qui en requiert l'exhibition, & le défendeur qui les poſſède. Or, on ne peut nier qu'il n'y ait par rapport aux papiers d'un défunt une certaine communion entre l'héritier & le légitimaire, puiſque la Légitime eſt une quote de tout ce qui ſe trouve dans la ſucceſſion ; le légitimaire eſt donc fondé à ſe les

faire repréſenter, & c'eſt ainſi qu'on le juge conſtamment. Baſſet en rapporte deux arrêts rendus au parlement de Grenoble les 6 juillet 1632 & 28 juillet 1654; Boniface en rapporte un ſemblable du parlement d'Aix du 15 février 1647; on en trouve pluſieurs autres du parlement de Toulouſe dans le journal de Dejuin.

Lorſque l'héritier ne produit pas tous les titres de la ſucceſſion, ou que ces titres ne détaillent pas exactement les biens du défunt, le légitimaire doit être admis à la preuve de commune renommée & au ſerment *in litem*. En vain l'héritier s'y oppoſeroit-il ſur le fondement de la prohibition portée par l'ordonnance de Moulins, de recevoir la preuve teſtimoniale pour des objets qui excèdent cent livres; il ne ſeroit pas écouté, comme l'a jugé un arrêt du parlement de Toulouſe du 11 mars 1751, rapporté dans le recueil des édits & déclarations de cette cour.

M. Rouſſilhe fait mention d'une ſentence rendue en la ſénéchauſſée d'Auvergne en mars 1768, qui, d'après une preuve de cette nature, a fixé à 6000 livres la ſucceſſion du nommé Jean Banniol, ſur laquelle ſa fille demandoit une Légitime.

Lorſque tous les biens du défunt ſont renſeignés, il faut en faire faire l'eſtimation par des Experts : voyez à ce mot la procédure que l'on doit obſerver pour toutes les opérations de cette eſpèce.

A l'égard du partage qui doit ſe faire entre les héritiers & le légitimaire, voyez Partage.

Lorſque la Légitime eſt fixée & réglée, le légitimaire a droit d'en demander la délivrance. Mais quelles actions a-t-il pour cela ? Peut-il in-

tenter complainte ? Peut il agir hypothécairement ? Peut-il ſe pourvoir ſolidairement contre chacun des héritiers ?

1°. Nous avons démontré ci-devant, ſection 2, §. 1, que le légitimaire n'eſt point ſaiſi de plein droit ; ainſi il ne peut pas intenter complainte avant d'avoir pris poſſeſſion des biens aſſignés pour ſa Légitime.

2°. La queſtion de ſavoir ſi le droit de Légitime produit une hypothèque légale, n'eſt pas ſans difficultés. Examinons-la d'abord relativement aux propres biens de l'héritier ou du donataire ; nous la diſcuterons enſuite par rapport à ceux qui proviennent du défunt.

Une hypothèque ne peut être fondée que ſur une convention ou ſur une loi ; il n'y a point de loi qui permette au légitimaire de ſe pourvoir hypothécairement ſur les propres biens du donataire ou de l'héritier ; il ne pourroit donc avoir ce droit que dans le cas où il l'auroit ſtipulé, ſoit avec l'un, ſoit avec l'autre. C'eſt ce que penſe le Brun, & ſon opinion eſt inconteſtable dans la juriſprudence Romaine & dans les coutumes où les formalités du nantiſſement ſubſiſtent encore : mais elle n'eſt pas indiſtinctement vraie dans les pays où tout acte public produit une hypothèque tacite ; car on ne peut douter, d'après un pareil uſage, que le légitimaire n'ait hypothèque non ſeulement ſur les biens du donataire dont les droits ne peuvent être fondés que ſur un acte notarial, mais encore ſur les biens de l'héritier, lorſque celui-ci accepte la ſucceſſion pardevant notaires ou en juſtice. On ſent même que cette hypothèque doit dater contre l'un du jour de la donation, & contre l'autre du jour qu'il

a pris qualité. Voyez au mot LÉGATAIRE les raisons & les autorités qui justifient ce sentiment par rapport aux legs ; elles s'appliquent ici avec la plus grande justesse ; & , ce qu'il y a de remarquable , l'arrêt du parlement de Toulouse du 22 août 1733 , que nous rapportons dans l'article cité, ordonne expressément, *qu'en cas d'insuffisance des biens de Jean Mejanelle premier , les créanciers & légataires & légitimaires dudit Jean Mejanelle premier seront payés des sommes à eux dues sur les biens dudit Jean deuxième , à compter du jour qu'il accepta l'hérédité dudit Jean son père.*

Lorsque la Légitime est laissée & prise à titre de legs, elle produit incontestablement hypothèque sur les biens provenans du défunt , & par lui possédés au moment de sa mort : c'est la conséquence nécessaire de la loi 1 , C. *communia de legatis*, qui accorde ce droit à toutes les espèces de legs. Voyez ce que nous disons là-dessus au mot LÉGATAIRE.

Mais en est il de même dans la thèse générale ? La négative ne souffre pas le moindre doute dans le droit Romain ni dans les pays de nantissement : mais dans les provinces où les actes puplics emportent hypothèque de plein droit, on doit regarder les biens donnés comme hypothéqués à la Légitime du jour de la donation , & les biens trouvés dans la succession comme soumis à la même charge, du jour que l'héritier a pris qualité par acte notarial ou judiciaire. C'est ce qui est établi pour les premiers par les coutumes de Senlis , article 161 ; de Valois, article 133 ; de Clermont , article 129 ; & c'est ce qui a été jugé pour les seconds par un arrêt du parlement de

Grenoble du 18 décembre 1634, rapporté par Basset.

On dira sans doute que cette question est indifférente, & en effet elle paroît telle à la première vue : tout le monde convient que l'action du légitimaire est personnelle *in rem scripta*, qu'elle peut être intentée contre un tiers-possesseur, qu'elle n'est pas même purgée par un décret pratiqué du vivant du père : d'après cela, peu importe, ce semble, que cette action soit hypothécaire ou non.

Cependant il peut se présenter certains cas où ces deux hypothèses différeroient beaucoup l'une de l'autre : par exemple, il a été jugé par un arrêt du parlement d'Aix du 16 décembre 1659, rapporté dans le recueil de Boniface, qu'un légitimaire n'avoit pas le droit d'offrir, au préjudice d'un créancier qui s'étoit fait adjuger le bien de son père ; & il est certain que l'on n'auroit pas pu lui contester ce droit, s'il avoit eu une hypothèque quelconque. Voyez la page 64 du tome 30 de cet ouvrage.

3°. Il n'y a point de difficulté sur la question de savoir si l'action en payement de la Légitime est solidaire contre chacun des héritiers : la négative a été prononcée par arrêt du parlement de Dijon du 16 février 1617, rapporté par Bouvot ; & cette décision est hors de doute, dans le cas où le légitimaire n'a point d'hypothèque sur les biens du défunt ; car s'il en avoit une, il pourroit agir contre l'un des héritiers personnellement pour sa part, & hypothécairement pour le tout.

Lorsque la Légitime a été payée, & que le légitimaire vient à être évincé des choses assignées

pour la remplir, il peut se pourvoir en garantie contre les héritiers ou les donataires; & réciproquement si les héritiers ou les donataires souffrent quelque éviction dans ce qui leur est resté, ils ont une action contre le légitimaire pour lui faire rendre ce qu'ils lui ont payé au delà de sa portion, eu égard à l'objet de l'éviction depuis qu'ils en ont fait la délivrance.

Voici comme Pothier développe l'effet de ces garanties respectives : » Si le légitimaire souffre » éviction de quelqu'une des choses échues en » son lot, n'ayant pas, au moyen de cette éviction, sa Légitime complète, il a recours contre » le donataire sur les biens qui lui sont restés, » & subsidiairement sur le donataire précédent, » pour répéter la valeur de la chose qui lui a été » évincée; il ne la répétera néanmoins que sous » la déduction d'une part pareille à celle qu'il » avoit droit de prendre pour sa Légitime dans » la masse qu'on dresse pour en faire la fixation : » par exemple, si ce qui lui a été évincé vaut » 800 livres, & que le défunt eût quatre enfans, » sa Légitime étant le huitième de cette masse, » il ne répétera que 700 livres; car la masse des » biens dans laquelle il doit prendre un huitième » pour sa Légitime, se trouvant par cette éviction » diminuée de 800 livres, sa Légitime, qui est un » huitième de cette masse, doit diminuer dans la » même proportion, & par conséquent de 100 » livres. *Vice versâ*, & par la même raison, si » c'est le donataire qui a souffert éviction de » quelqu'une des choses qui lui étoient restées, » il a droit de répéter contre le légitimaire une » portion de la valeur de la chose évincée, pa-

» reille à celle que le légitimaire a droit de prendre » dans la maſſe univerſelle des biens : par exem- » ple, dans la même ſuppoſition qu'il y eût quatre » enfans, & que la choſe évincée au donataire » fût de la valeur de 800 livres, il répétera 100 » livres contre le légitimaire «.

Y a-t-il ouverture à l'action en garantie de la part du légitimaire, lorſque le débiteur d'une rente qui lui a été donnée en payement devient inſolvable ? Régulièrement la garantie en matière de dettes actives n'a point d'autre fin que d'en aſſurer l'exiſtence & la loyauté ; il n'y a que la clauſe de *fournir & faire valoir*, qui oblige le garant à répondre de l'inſolvabilité du débiteur, & cette clauſe ne ſe ſupplée jamais. Cependant on trouve dans le journal du palais de Toulouſe, tome 3, page 353, un arrêt du 12 ſeptembre 1710, qui, en condamnant un légitimaire à accepter un payement des contrats de rente, lui a réſervé un recours contre l'héritier, au cas que le débiteur devînt inſolvable : mais cette déciſion paroît contraire à la loi 77, §. 18, D. *de legatis* 2°., rapportée ci-devant ſection 8, §. 2.

Voyez le Brun, Ricard, Bourjon, Duperrier, Furgole, Denizart, Rouſſeau de la Combe, Baſnage, Brillon, M. Bouhier, Fachini, Voët ſur le digeſte ; M. Favre, ſur le code, & de erroribus pragmaticorum ; *Merlini*, de Legitimâ ; *Maret*, de Legitimâ ; *Fernand*, *ſur la loi* in quartam ; *Vandepoll*, de exheredatione ; *& les autres auteurs cités dans cet article.* Voyez auſſi INSTITUTION CONTRACTUELLE, LEGS, LÉGATAIRE, SUCCESSION, SUBSTITUTION, DOT, RÉSERVES COUTUMIÈRES, LÉGITIMATION, QUARTE FAL-

CIDIE, TRÉBELLIANIQUE, PARTAGE, LOT, DONATION, EXHÉRÉDATION, INOFFICIOSITÉ, HÉRITIER RAPPORT, QUINT, RENONCIATION, &c.

(*Article de M. MERLIN, avocat au parlement de Flandre*).

LÉGITIME ADMINISTRATION ou LOYALE ADMINISTRATION. C'eſt ainſi que quelques-unes de nos coutumes nomment un des effets de la puiſſance paternelle, en vertu duquel le père a ordinairement l'uſufruit des biens de ſes enfans, ſous diverſes modifications.

Les coutumes de Nivernois, de Berry, de Bourbonnois, d'Auvergne, de Bourgogne (duché), & de Poitou, ſe ſervent également de ce mot; mais elles n'y attachent pas toutes le même ſens. Quelques-unes même n'entendent par-là qu'une ſimple adminiſtration ſans profit. Pour bien diſtinguer tout cela, on va parler ſéparément de chacune de ces coutumes.

1°. La coutume de Nivernois, dit au chapitre 30 *des tutelles & curatelles*, art. 6, que *les père & mère ſont Légitimes adminiſtrateurs des corps & biens de leurs enfans pupilles*. L'article 9 ajoute, que *ſi les enfans ſont pubères à l'heure du décès de leurs père ou mère, le ſurvivant deſdits père & mère demeurera curateur ou Légitime adminiſtrateur*. L'article 2 dit enfin, que *tutelle ou adminiſtration Légitime, à défaut de père, eſt déférée à la mère des mineurs . . . . & à défaut d'eux, aux aïeuls, ou aïeules, paternels ou maternels, & ſont préférés les aïeuls aux aïeules, les paternels aux maternels*.

On voit que la coutume de Nivernois emploie improprement le terme de *Légitime adminiſtra-*

tion, au lieu de ceux de *tutele* ou *curatelle Légitime*, puiſqu'elle n'attache aucun émolument à ce droit, qu'elle étend d'ailleurs à la mère & aux aïeuls, contre le texte des loix Romaines, d'où le droit de Légitime adminiſtration eſt dérivé.

Coquille explique fort bien cela dans ſon commentaire ſur l'art. 2. » Tutele Légitime, » dit-il, & adminiſtration Légitime, à parler » proprement, ſont deux choſes diverſes. Le » père ſe dit Légitime adminiſtrateur de ſon en- » fant, qui eſt en ſa puiſſance, & quand l'en- » fant eſt émancipé, le père devient Légitime » tuteur; mais, ſelon le commun uſage, & » comme il eſt dit ci-deſſus, art. 6, les deux ſont » confondus. Selon cette propriété, la mère ne peut » avoir la Légitime adminiſtration; car elle ne » peut avoir ſes enfans en ſa puiſſance, mais bien » peut avoir la tutelle Légitime. Selon le droit » Romain, le père Légitime adminiſtrateur a » l'uſufruit des biens adventices de ſon fils, le- » quel uſufruit ne périt *etiam* par la mort du » fils, ni par les ſecondes noces du père. *L. ſi* » *quis in fine & ibi Bartol. C. ad Tertull. L. ult.* » *C. de bonis matern.* & ſont les biens du père » tacitement hypothéqués pour cette adminiſtra- » tion Légitime, à commencer du jour qu'il a » commencé d'adminiſtrer. L. *cùm oportet.* §. *non* » *autem*, & §. *ult. cod. de bonis quæ liberis.* Mais » en ce pays, nous ne pratiquons ce gain des » fruits, & tenons le père comme tuteur «.

2°. La coutume de Berry admet au contraire une adminiſtration Légitime, avec gain de fruits, dans le titre 1 *de l'état & qualité des perſonnes.* C'eſt ainſi qu'on doit entendre l'art. 22, qui dit, que *le père eſt Légitime adminiſtrateur des biens maternels*

maternels & autres adventifs, appartenant à ſes enfans étant en ſa puiſſance. Mais les articles 24, 27 & 29, étendent ce droit à la mère, aux aïeuls & aïeules, & même aux collatéraux. L'art. 26 le nomme indifféremment *bail* ou *adminiſtration*, en parlant du père, comme en parlant des autres parens. Il faut donc tenir, que, dans la coutume de Berry, le droit de Légitime adminiſtration n'eſt guère autre choſe que la garde-noble ou bourgeoiſe, à laquelle il reſſemble d'ailleurs par beaucoup d'autres points. C'eſt par cette raiſon qu'on a cru devoir ranger la coutume de Berry au nombre de celles où le droit de garde eſt admis, à l'art. GARDE-NOBLE. Voyez ce mot.

3°. La coutume de Bourbonnois a confondu, comme celle de Nivernois, la tutelle Légitime, & l'adminiſtration, dans l'article 175, où elle dit que la mère eſt *tutrice & Légitime adminiſtrareſſe de ſes enfans mineurs.* Il ſuffit de lire le reſte de l'article, pour voir que la mère n'a aucun droit d'uſufruit. Mais elle differe de la coutume de Nivernois, en ce qu'elle donne au père dans la même qualité, l'uſufruit des biens de ſes enfans.

» Le père, dit l'art. 174, eſt adminiſtrateur » Légitime des biens *maternels adventifs* de ſes » enfans étant en ſa puiſſance, & fait les fruits » ſiens, ſi bon lui ſemble, juſqu'à l'âge de quatorze » ans, quant aux filles, & 18 ans, quant aux » mâles; & ſera tenu le père, en prenant ladite » adminiſtration, payer & acquitter les charges » que doivent leſdits héritages, & à la fin de ladite » adminiſtration, rendre leſdits héritages en bon » état; & eſt tenu le père de faire inventaire

» desdits biens, & les rendre à sesdits enfans ;
» l'usufruit fini ; & si ledit père se remarie, ou
» que lesdits enfans meurent avant ledit temps,
» l'usufruit & administration sont finis «.

Cet usufruit du père a, comme on le voit, presque autant de rapport à celui qui est une suite du droit de garde, qu'à l'usufruit établi par le droit civil, en conséquence de la puissance paternelle. C'est sans doute tout ce qu'Auroux des Pommiers a entendu, lorsqu'il dit, dans son commentaire sur cet article, n°. 1, que *ce droit du père s'appelle garde, & que la garde est un effet de la puissance paternelle*. Car personne n'ignore que le droit de garde dérive bien plus du système féodal que de la puissance paternelle (v. le p. v.).

Le texte original de la coutume, qui est dans les archives de la chambre du domaine, & l'édition très-soignée qui est à la suite de la bibliothèque des coutumes, portent dans l'art. 174, comme on l'a mis ici, que le père est administrateur des biens *maternels adventifs* de ses enfans. Cela a fait douter si le père avoit bien le droit de jouir des immeubles échus à ses enfans autrement que par le décès de leur mère. Pothier, ancien commentateur de la coutume de Bourbonnois, tenoit la négative ; mais Auroux des Pommiers, d'après Duret & Jean de Culant, autres commentateurs, est pour l'affirmative. Il observe que ce droit d'usufruit est tiré des loix Romaines qui ne font pas cette distinction, & qu'il y a lieu de croire que la conjonction & a été omise par erreur dans le texte original, & qu'il faut lire *biens maternels & adventifs*, comme dans la nouvelle édition du coutumier général & dans les coutumes d'Auvergne & de Berry. Duret assure que

cela s'obſervoit ainſi de ſon temps. Mais on doit mettre à ce principe les mêmes reſtrictions que le droit civil y avoit poſées relativement aux différentes ſortes de pécules qui pouvoient appartenir aux enfans de familles.

Quoique la coutume exige que le père faſſe inventaire, Dumoulin & Auroux des Pommiers décident que le défaut de cette formalité n'empêche pas le père de faire les fruits ſiens. *Quia*, dit Dumoulin, *inventarium nihil habet commune cum reliquis.* La coutume d'ailleurs ne prononce point la peine de la privation d'uſufruit, & les loix pénales ne ſe ſuppléent point.

La coutume de Bourbonnois s'écarte ſur-tout du droit Romain, en faiſant ceſſer l'uſufruit par le ſecond mariage du père, par le mariage des enfans, & par leur mort. Mais les mêmes auteurs obſervent encore, que l'uſufruit du père ne ceſſe point même pour partie, par le décès d'un des enfans, quand il en reſte d'autres qui ne ſont pas émancipés : *ſcilicet*, dit toujours Dumoulin, *omnes ſine liberis, quia quandiù unus filiorum, vel è ſtirpe naturali & Legitimâ ſupereſt, illi accreſcit.* Ces biens doivent d'ailleurs ſuivre le ſort des autres biens adventifs, où, comme on vient de le voir, le père a l'uſufruit, quoiqu'ils ne procèdent pas de la mère.

4°. La coutume d'Auvergne, tit. 11, part. 4, qualifie auſſi la mère de *tutrice & adminiſtrareſſe de ſes enfans mineurs* ; mais elle n'entend non plus par-là qu'une tutelle Légitime ſans aucun profit, pour laquelle même elle préfère le tuteur nommé par le teſtament du père, & à défaut de tuteur teſtamentaire, l'aïeul paternel des mineurs,

ou leur frère aîné, s'il eſt majeur. V. les art. 1, 3 & 6 du même titre.

Cette coutume admet néanmoins, comme celle de Bourbonnois, une adminiſtration Légitime, avec gain de fruit, en faveur du père. Suivant l'art. 2 du titre 11, » le père eſt adminiſtrateur » Légitime *des biens adventifs* (*) de ſes enfans, » & fait les fruits ſiens, & n'eſt tenu de faire » inventaire ni rendre compte. Mais s'il convole » à ſecondes noces, eſt tenu avant le mariage de » faire inventaire, *ſur peine d'être puni de l'uſufruit* » *qu'il a ſur iceux* «.

Ces derniers mots de l'art. 2 ont donné lieu à une queſtion. On a demandé ſi le ſeul fait du convol en ſecondes noces, ſans avoir préalablement fait inventaire, opéroit de plein droit la privation de l'uſufruit, ou s'il étoit néceſſaire d'obtenir une ſentence du juge, pour déclarer la privation encourue. Aimon cite dans ſon commentaire beaucoup d'argumens & d'autorités, dont le réſultat eſt, qu'il faut diſtinguer, entre les peines dont l'énonciation eſt conçue au temps préſent, & celles dont les termes ſe rapportent au temps futur; » &, ſuivant cette diſtinction, » ajoute-t-il, le père n'eſt dit être privé de l'uſu- » fruit devant la ſentence, parce que ces mots, » *ſur peine d'être privé de l'uſufruit*, ſont du temps » futur, & ſe rapportent à l'acte qui doit être » expédié en jugement «.

Baſmaiſon paroît croire que ce n'eſt point là le ſens de la coutume. Mais il convient que dans

(*) D'autres articles de la coutume, qui ont la même diſpoſition, diſent des biens maternels & adventifs.

l'uſage on laiſſe jouir le père de l'uſufruit, juſqu'à ce qu'il en ait été déclaré déchu par jugement, ſauf aux enfans à exercer la répétition de cette créance ſur la ſucceſſion de leur père, après ſon décès. » Toutefois, dit-il, juſqu'à la déclaration de la privation de l'uſufruit, le père fait » ſiens les fruits des biens échus & qui écherront » à ſes enfans, *ſelon l'erreur commune, contre la raiſon & l'intention de la coutume*, qui a entendu priver, *ipſo jure*, le père de l'uſufruit, » par le convol à ſecondes noces, ſans attendre » autre déclaration judiciaire, vu que les enfans » pupilles, adultes ou majeurs de 25 ans, ne » délaiſſent pas d'être toujours ſous l'adminiſtration » & le gouvernement du père, qui ne pourſuivra point contre lui-même une proviſion de » curateur à ſes enfans, pour ſe faire déclarer » privé de l'uſufruit. Auſſi les enfans majeurs de » 25 ans n'irriteront pas leur père par la pourſuite de cette privation, *ſe contentant que le rétabliſſement des fruits leur ſoit aſſuré après ſon décès par la diſpoſition de la coutume* «.

Le père ne peut pas néanmoins, comme le remarque fort bien cet auteur, » purger ni réparer » ſa négligence de n'avoir pas fait inventaire » après les noces, quand bien il préſenteroit un » loyal inventaire, d'autant que la privation de » l'uſufruit eſt déjà encourue & commiſe, & » qu'il ne reſte ſeulement que de la faire déclarer par le juge, vu que la coutume a preſcrit un temps certain pour faire l'inventaire, » & conſtitué une peine certaine par faute de ce » faire, & que la négligence tire quant & ſoi » l'exécution de la peine, pour l'intérêt des enfans; il s'enſuit donc que la punition de la né-

» gligence du père n'a plus de lieu, s'il n'y a » Légitime empêchement, qui vient de la mino- » rité & du bas âge du père, qui le pourra faire » relever & restituer de cette obmission «.

Ce commentateur décide encore, » que le père » ne doit estimer que la constitution des biens » maternels, portée par son contrat de mariage, » le relève de faire inventaire, pour empêcher » la privation de l'usufruit, vu que les enfans » peuvent avoir d'autres biens que les maternels, » & qu'ils ont intérêt d'avoir plusieurs documens » d'iceux, outre que le père reconnoît, par l'in- » ventaire, la réception des choses constituées ou » l'action qu'il a pour icelles «.

Le père qui *fiance ou marie sa fille* est pareillement privé de l'usufruit des biens qui lui appartiennent, à moins qu'il n'en fasse une réserve expresse, suivant l'art. 48 du titre 14 *des donations*. Basmaison fait observer sur cet article, que le droit commun de France qui émancipe les fils comme les filles, lorsqu'ils se marient du consentement de leur père, *ne peut pas être reçu au pays d'Auvergne coutumier, qui n'admet cette privation spéciale qu'à l'égard de la fille.*

Enfin l'article 49 du même titre décide, conformément aux loix Romaines, que *l'usufruit du père dure, nonobstant que l'enfant trépasse le père vivant.*

5°. La coutume de Bourgogne admet à la fois & le droit de garde-noble, sous le nom de *bailliſterie*, & l'usufruit que le droit civil assure au père sur les biens de ses enfans non émancipés, en qualité de *Légitime administrateur*. Elle parle de ces deux sortes de droits au chapitre 6 *des enfans de plusieurs lits.*

L'article 4 porte, » qu'entre gens nobles, la » femme, après le trépas de son mari, se peut, » si bon lui semble, dire bailliste de ses enfans, » du consentement des parens & amis prochains » paternels de ses enfans, si par le père n'y est » autrement pourvu; & a à son profit tous les » meubles «. La suite de l'article attache à la bailliſterie tous les autres émolumens (*) & toutes les charges, qui sont une suite de la garde-noble, suivant le droit commun de nos coutumes; l'art. 5 attribue au père survivant, *aussi entre gens nobles*, sous le nom de *bailliſte & Légitime administrateur des corps & biens de ses enfans*, les mêmes avantages, avec des charges semblables.

L'article 6 ne donne à la veuve entre bourgeois qu'une simple tutelle, sans aucun émolument. Mais l'art. 7 est plus favorable au père. » Et aussi, » y est-il dit, le père est Légitime adminiſtra- » teur des corps & biens de ses enfans, & après » le trépas de sa femme, prend les biens de ses- » dits enfans par inventaire, & demeure obligé » de rendre les meubles & heritages à sesdits » enfans, quand ils seront en âge suffisant, & » séparés de leurdit père, en faisant les fruits » siens, & maintenant lesdits héritages en conve- » nable état, & en alimentant sesdits enfans.

Quoique la bailliſterie appartienne privativement aux nobles, il ne faut pas croire que l'ad-

(*) L'article 226 des *cahiers pour la réformation*, dit que l'usufruit des bailliſtes a lieu sur les immeubles de leurs enfans, *en quelque lieu que les héritages soient situés*; mais cela souffre bien des difficultés. Voyez les notes 79 & 133 de Bannelier, sur les traités de Davot.

miniſtration Légitime du père appartienne de même privativement aux roturiers. Le 20 août » 1678 (dit Davot dans ſon traité de la puiſſance » paternelle, n°. 15), le parlement certifia qu'en » Bourgogne, le père noble, non bailliſte, a » l'uſufruit des biens de ſes enfans, & que l'uſu- » fruit s'étendoit ſur les biens maternels échus, » ſur ceux qui pouvoient venir d'ailleurs «. Le père noble a ſouvent intérêt de préférer la Légitime adminiſtration à la bailliſterie. Celle-ci l'oblige à acquitter les dettes de ſes enfans, ſuivant l'art. 4 & 5 ; celle-là n'impoſe point d'obligation pareille.

Hors les différens pécules, dont les loix aſſurent la jouiſſance même aux enfans, les biens qui leur obviennent, ſoit avant, ſoit depuis le décès de la mère, tombent dans l'uſufruit du père. Cela peut faire d'autant moins de difficulté, que les lettres-patentes du 26 août 1459, portant approbation de la première rédaction des coutumes de Bourgogne, veulent qu'*icelles coutumes ſoient déclarées & interprétées ſelon droit écrit & non autrement.*

Conformément à ce principe, *une délibération ſecrète du palais, à la date du 17 juin 1656*, citée auſſi par Davot, décide *que le père, quoique remarié, fait les fruits ſiens, juſqu'à ce que les enfans ſoient en âge ou ſéparés de lui.*

Cependant on s'écarte, dans l'uſage, de la diſpoſition des loix Romaines, en ce qu'elles perpétuent l'uſufruit du père, tant qu'il vit, lors même que tous les enfans, dont les biens y donnoient lieu, ſont prédécédés. Bannelier, dans ſa note 82 ſur Davot, en donne pour raiſons,

que, suivant la coutume, l'usufruit du père est une dépendance de son *administration Légitime des corps & biens* de ses enfans, qu'il porte la charge expresse de les *alimenter*, & qu'il dure seulement jusqu'à ce que les enfans soient *séparés* du père ; ce qui suppose bien qu'il ne peut durer après leur mort.

L'obligation de faire inventaire, qui est imposée au père Légitime administrateur par l'art. 7, n'emporte point la privation de l'usufruit, lorsqu'on manque de la remplir. M. le président Bouhier, qui se récrie fortement contre les inconvéniens de cette omission, paroît désirer, plutôt que décider, qu'on prononce cette peine. Il voudroit aussi qu'en pareil cas on déclarât constamment garant de cette omission le curateur ou subrogé tuteur des mineurs, suivant un arrêt rapporté par M. Bégat.

La peine de cette omission dépend beaucoup des circonstances. Davot dans son traité des tutelles, n°. 12, cite quatre arrêts qui ont accordé aux enfans le serment *in litem*, joint la commune renommée, & trois autres qui l'ont rejeté, même en cas de second mariage. Cependant la jurisprudence qui admet ce serment seroit d'autant plus nécessaire en Bourgogne, que le défaut d'inventaire n'y emporte point la continuation de communauté, comme dans la plus grande partie de la France, à moins que ce ne soit entre mainmortables ; & cette exception même n'a été introduite en leur faveur, que pour diminuer les cas de l'échute ou succession des seigneurs.

6°. La coutume de Poitou ne donne qu'au père seul le titre & les droits de Légitime admi-

niſtrateur. Mais la ſingularité de ſes diſpoſitions exige qu'on entre dans de certains détails (*).

L'art. 310 dit que *les enfans ſont en la puiſſance du père, ſoit noble ou roturier*; l'art. 308, qui en eſt évidemment une conſéquence, porte : » Le père, ſoit noble ou roturier, n'eſt tuteur » ou curateur de ſes enfans ; ains eſt appelé *loyal* » *adminiſtrateur* d'iceux; car il a l'adminiſtration de » la perſonne & biens de ſes enfans ; deſquels » biens n'eſt tenu faire inventaire, ſinon à la » pourſuite des prochains parens deſdits mineurs, » en faveur deſquels peut être contraint faire » inventaire duement ; & durant le temps qu'il » n'aura fait inventaire, les mineurs auront com- » munauté de biens avec lui, ſi bon leur ſem- » ble. . . . . «.

Les articles ſuivans aſſurent au père l'uſufruit des immeubles de ſes enfans.

L'article 318 dit même, que ſi le fils, avant l'âge de 25 ans accomplis, *acquiert aucuns meubles, ils appartiennent au père*. Mais cet article

(*) On chercheroit vainement des lumières pour expliquer ces ſingularités, ſoit dans l'ancienne rédaction de 1509, ſoit dans le très-ancien coutumier rédigé un peu après le commencement du quinzième ſiècle. La nouvelle coutume leur eſt abſolument conforme, à l'exception de ce qui eſt dit dans l'article 316 de *l'âge de vingt-cinq ans*; les deux précédentes rédactions, dans l'article correſpondant, n'exigeoient que l'âge de vingt ans & un jour. On voit auſſi dans le très-ancien coutumier, que le droit de *bail* avoit lieu même au profit des parens collatéraux, antérieurement à cette rédaction, & que les meubles échus depuis l'ouverture du bail y tomboient entièrement. La tutelle Légitime que l'article 306 attribue à la mère, eſt la ſeule choſe qui puiſſe avoir aujourd'hui quelque rapport à cet ancien droit.

n'entend parler que des meubles que le fils acquiert par ſon travail, ou par lui-même, d'une autre manière, & non pas de ceux qui lui obviennent à titre de ſucceſſion, de donation ou de legs. Si le ſilence de la coutume pour ces ſortes de meubles, l'obligation de faire inventaire, impoſée au père en l'art. 308, & la continuation de communauté qu'il établit au profit des enfans, à défaut d'inventaire, ne ſuffiſoient pas pour montrer que le vœu de la coutume eſt de laiſſer au fils la propriété de ces dernières eſpèces de meubles, la diſpoſition de l'art. 234 leveroit tous les doutes. Il dit que *ſi la femme meurt la première & ait donné les meubles à ſon mari, les enfans ne pourront faire ni continuer la compagnie de communauté de biens. Car ils n'avoient aucuns meubles, & le père fait les fruits ſiens des héritages.* La continuation de communauté n'a donc lieu dans le cas de l'art. 308, que parce que les meubles appartiennent aux enfans.

On n'admet guère néanmoins les parens à contraindre le père à la confection d'inventaire, que lorſqu'il eſt ſuſpect de diſſipation, ou extrêmement pauvre, ou pour d'autres cauſes ſemblables, comme le dit Boucheul.

Le père n'étant pas tenu de plein droit de faire inventaire, c'eſt une conſéquence néceſſaire qu'il n'eſt pas obligé de donner caution, la mère même en eſt diſpenſée pour ſa tutelle Légitime. Cependant il peut y avoir des circonſtances particulières, où la juſtice peut exiger cette caution, ou ſéqueſtrer les revenus en main tierce, de laquelle le père les reçoit. Automne, & Boucheul d'après lui, citent un arrêt du parlement de Bordeaux qui l'a ainſi jugé.

L'émancipation du fils hors la puiſſance du père fait ceſſer cet uſufruit. Cette diſpoſition eſt de droit commun. Mais la coutume de Poitou y ajoute des modifications ſi bizarres, & ſur leſquelles les commentateurs s'accordent ſi peu, qu'il faut les expliquer ici avec quelque étendue.

Il n'y a point de difficulté pour l'émancipation expreſſe. La coutume déclare dans l'article 211, que le père doit la faire *devant le juge ordinaire ayant moyenne juridiction pour le moins*. Quant à l'émancipation tacite, la coutume diſtingue entre les nobles & les roturiers, & entre les garçons & les filles, dans les articles ſuivans.

» Article 312. » Le fils d'aucun roturier marié, » qui a demeuré en ſon ménage hors de l'hôtel & » compagnie de ſon père par an & jour, eſt dès-lors » taiſiblement émancipé, & eſt uſant de ſes droits » ſans qu'il lui ſoit beſoin d'autre émancipation «.

Article 313. » Autre choſe eſt d'un enfant » noble, qui, pour être marié, ou pour demeurer » hors la maiſon de ſon père, n'eſt émancipé, » ains convient qu'il y ait émancipation ex- » preſſe «.

Article 314. » Mais la fille, dès qu'elle eſt » mariée, eſt hors la puiſſance de ſon père, & » entre en la puiſſance de ſon mari «. L'article 315 dit que le père n'a *aucun uſufruit, ni autre portion* ſur les biens de ſes enfans émancipés, *ſi expreſſément il ne l'avoit retenu*.

D'après tous ces textes, l'uſufruit du père ceſſe, pour les filles, dès l'inſtant de leur mariage. Il ne ceſſe pour les roturiers, que lorſque le mariage a été ſuivi d'un ménage ſéparé par an & jour : au contraire, le mariage & l'habitation ſéparée des fils nobles ne fait pas ceſſer l'uſufruit

du père. Cela ſemble d'abord aſſez clair : mais les trois articles ſuivans contiennent de nouvelles diſpoſitions aſſez difficiles à concilier avec les précédentes.

Article 316. » Le fils étant en la puiſſance de » ſon père, & *non émancipé, s'il eſt marié, dès* » *qu'il a paſſé l'âge de vingt-cinq ans, fait les* » *fruits de la terre ſiens*, & les peut prendre & » lever à ſon profit, ſans que ſondit père le » puiſſe en ce empêcher, encore que leſdits biens » lui fuſſent venus de par ſon père, ſans réſer- » vation d'uſufruit par lui faite ſur iceux «.

Article 317. » Mais ſi ledit fils n'étoit marié, » & ſondit père ſe remarie, ledit père néanmoins » jouira deſdits fruits, juſqu'à ce que ſon fils ait » l'âge de vingt-cinq ans ; & ſi le père ne ſe re- » marie, *il fera toujours les fruits ſiens, tant que* » *le fils ne ſera marié*, & en ce faiſant, ſera tenu » ledit père entretenir ledit fils, ſelon ſon état & » faculté «.

Article 318. » Ledit fils étant en puiſſance de » ſon père, & demeurant avec lui, peut acqué- » rir, & ſont leſdits acquêts, meubles & im- » meubles ſiens & à ſon profit, & n'y a rien le » père, après que le fils a accompli l'âge de » vingt-cinq ans. Mais *avant ledit âge, ſi ledit* » *fils acquiert aucuns meubles, ils appartiennent* » *au père, & ſemblablement les fruits des immeu-* » *bles*, & au regard de la propriété deſdits » immeubles, il n'y a rien, & appartient au » fils «.

Ces trois derniers articles parlent du fils en général, ſans diſtinction du noble & du roturier. Il en réſulte, 1°. que le fils n'eſt point émancipé par le mariage ; mais que le mariage lui

donne néanmoins le droit de jouir de ſes revenus, dès qu'il eſt majeur, ſans qu'il ſoit beſoin, même pour les roturiers, de la demeure ſéparée d'an & jour, dont parle l'article 312, qui doit s'entendre par conſéquent des roturiers mineurs ſeulement. Tel paroît être le véritable ſens de l'article 316, comparé avec l'article 312; il n'y a point de contradiction à admettre que la coutume n'émancipe le fils que pour l'adminiſtration de ſes revenus, en conſervant la puiſſance paternelle pour le ſurplus, comme le ſoutiennent pluſieurs commentateurs. L'article 527 de la coutume de Bretagne, voiſine du Poitou, porte, » que ſi l'enfant eſt » marié avec l'aſſentement de ſon père, & a » femme épouſée, il eſt émancipé par la coutume, » *quant à jouir de ſes biens* «.

Il en réſulte, 2°. que l'âge de vingt-cinq ans, hors le cas du mariage du fils, ou du ſecond mariage du père, ne donne pas au fils, même roturier, le droit de jouir par lui-même de ſes revenus, à l'exception de ceux des immeubles qu'il a acquis perſonnellement après l'âge de vingt-cinq ans.

C'eſt ainſi que Conſtant & Boucheul dans leurs commentaires ſur les articles 312, 316 & 317, en concilient les diſpoſitions. Cependant Barraud ſur le titre 9 de la coutume de Poitou; Theveneau ſur l'article 318; Lelet & Filleau ſur l'article 312, prétendent que le fils de famille roturier, quoiqu'il ne ſoit pas marié, eſt tacitement émancipé & maître de ſes droits dès qu'il a l'âge de vingt-cinq ans : ils ſe fondent ſur le privilège que l'article 318 donne au fils majeur.

Mais Boucheul obſerve fort bien que cet article ne parle des acquêts faits par le fils lui-même, que par

forme d'exception, qui confirme la règle générale pour les autres biens. Constant en ses additions sur l'article 317, cite même un jugement de la sénéchaussée de Poitiers du 12 juin 1641, qui a jugé que le père continuoit à faire siens les fruits des héritages de son fils majeur de vingt-cinq ans, tant qu'il n'étoit point marié, *& ce nonobstant que le fils eût soutenu qu'il n'avoit point été nourri par son père, ni demeuré au logis de son père, depuis qu'il avoit atteint l'âge de vingt-cinq ans.*

C'est plus évidemment encore contre le vœu de la coutume, que d'autres commentateurs, comme Liége dans ses notes sur l'article 312, veulent induire de la conjonction *ou* employée dans l'article 313, & de la relation de cet article avec l'article 312, qu'il suffit pour l'émancipation du roturier qu'il soit ou marié, ou demeurant séparément de son père depuis an & jour.

Boucheul a fort bien observé, que l'ancienne coutume, au lieu de ces mots *pour être marié, OU pour demeurer hors la maison de son père*, disoit *pour être marié, NE* pour demeurer hors la maison de son père, & que la particule *ou* employée dans la nouvelle coutume avoit le même sens; » qu'elle étoit employée, non comme disjonc-» tive, mais plutôt pour une conjonctive, ou du » moins par forme de détermination, *l. sæpe auff.* » *de V. S. l. quod si ephesi auff. de eo quod* » *cert. loc.*, c'est-à-dire, que l'enfant noble, quoi-» que marié, & *ou même* quoique demeurant » hors la maison de son père, n'est pas éman-» cipé «.

Ce dernier point est assez généralement admis

aujourd'hui : mais quoique ce que l'on vient de dire d'après Boucheul sur le privilége des majeurs de vingt-cinq ans, paroisse être aussi le véritable sens de la coutume, l'usage commun de la province de Poitou, qui ne paroît à la vérité fondé sur aucun arrêt, est en effet que le roturier est tacitement émancipé par le seul fait de sa majorité.

Au reste, on suit en Poitou la décision de l'article 174 de la coutume de Bourbonnois, & non pas le droit du code, sur la cessation de l'usufruit du père après la mort de ses enfans. Pour lors, les fruits pendans par les racines se divisent entre les héritiers des enfans & le père, à proportion du temps de la durée de l'usufruit. La loi 7 au digeste *soluti matrim.* & la loi 5, §. dernier, aussi au digeste *de usufructu*, donnent cette décision à l'égard du mari pour les biens de sa femme, parce qu'il supporte les charges du mariage. Boucheul observe fort bien que la raison est la même pour le père, qui ne jouit des biens de ses enfans qu'à la charge de les entretenir.

Cette décision doit s'étendre à toutes les coutumes où l'usufruit du père cesse par le décès de ses enfans.

Il faut d'ailleurs suivre dans la coutume de Poitou, comme dans toutes les autres, les restrictions que les différentes sortes de pécules admis par les loix & par notre jurisprudence mettent à cet usufruit. Un arrêt célèbre du 3 juillet 1642, rapporté tout au long avec les plaidoyers des parties & celui de M. l'avocat-général Talon, dans les additions de Constant sur l'article 308 de la coutume de Poitou, a même jugé valable le testament

tament de l'aïeule maternelle des enfans du ſieur Bonneval, par lequel elle le privoit de toute eſpèce d'uſufruit ſur ſes biens, ſans diſtinction de ceux qui formoient la Légitime de ſes petits-enfans, & de ceux dont elle avoit pu diſpoſer. Mais le ſieur de Bonneval avoit ravi la fille de la teſtatrice, & il l'avoit épouſée fort irrégulièrement dans le temps où il étoit condamné à mort pour pluſieurs crimes.

Ainſi cet arrêt ne peut être tiré à conſéquence. Liége cite dans ſes notes ſur l'article 308, un jugement du 19 mars 1643, c'eſt-à-dire, de l'année ſuivante, qui ne confirma un pareil teſtament que pour les biens dont l'aïeul maternel avoit pu diſpoſer, en conſervant au père, contre le vœu du teſtateur, l'adminiſtration Légitime & l'uſufruit des biens qui compoſoient la Légitime des enfans.

Si les créanciers du père ſaiſiſſent l'uſufruit dont il jouit en qualité de Légitime adminiſtrateur, les enfans peuvent uſer d'oppoſition & de rétention, juſqu'à concurrence des alimens qui leur ſeront arbitrés, ſi le père n'a moyen d'ailleurs de nourrir ſes enfans. Cette déciſion donnée par Baſmaiſon dans ſon commentaire ſur la coutume d'Auvergne, titre 11, article 2, doit encore être reçue dans toutes les autres coutumes où le père a l'uſufruit des biens de ſes enfans; & ſous le nom d'alimens on doit comprendre tout ce qui eſt néceſſaire à leur entretien & à leur éducation dans le ſens le plus étendu. Les créanciers du père ne peuvent pas même l'empêcher d'émanciper ſes enfans, ſans aucune réſerve d'uſufruit. Bardet, tome 5, livre 9, chapitre 19; & Bretonnier dans ſes queſtions alphabétiques, au mot *puiſſance*

paternelle, rapportent un arrêt du 30 mai 1636, qui l'a ainſi jugé pour la coutume de Poitou.

Voyez les coutumes de Nivernois, de Berry, de Bourbonnois, de Bourgogne-duché, d'Auvergne & de Poitou, avec leurs commentateurs. Voyez auſſi les articles COMMUNAUTÉ, ÉMANCIPATION, GARDE-NOBLE, INVENTAIRE, PÉCULE, PUISSANCE PATERNELLE, TUTELLE, USUFRUIT & VIDUITE.

(*Article de M. GARRAN DE COULON, avocat au parlement.*).

LÉGITIMITÉ. Etat d'un enfant qui a reçu la naiſſance d'une manière *légitime*, c'eſt-à-dire, approuvée par la loi.

Pour traiter cette matière avec toute la clarté qu'exige ſon importance, nous la diviſerons en quatre ſections. Dans la première, nous indiquerons la ſource de la Légitimité; la ſeconde renfermera le détail des circonſtances qui peuvent prouver ou faire préſumer qu'un enfant eſt ſorti de cette ſource; la troiſième aura pour objet la nature des preuves ſur leſquelles ces circonſtances doivent être appuyées: nous finirons dans la quatrième par l'expoſition des principes concernant la forme des demandes en déclaration de Légitimité ou de bâtardiſe.

SECTION PREMIÈRE.

De la ſource de la Légitimité.

Le mariage eſt regardé parmi toutes les nations policées, comme la ſeule ſource de la Légitimité; ainſi les qualités de mari & de femme ſont abſo-

lument néceſſaires pour donner l'être à un enfant légitime : *Filium eum definimus qui ex viro & uxore ejus naſcitur*, dit la loi 6, au digeſte, *de his qui ſui vel alieni juris ſunt.* De là cette déciſion de l'empereur Juſtinien en ſes inſtitutes, titre *de nuptiis*, qu'il ne peut naître que des bâtards d'un mariage contracté entre perſonnes auxquelles les loix défendent de s'unir. *Si adversùs ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu naſcuntur, in poteſtate patris non ſunt, ſed tales ſunt..... quales ſunt ii quos mater vulgò concepit.*

Il y a cependant deux exceptions à cette règle. La première eſt que les enfans nés dans le concubinage deviennent légitimes par le mariage que leurs père & mère contractent dans la ſuite. Voyez LÉGITIMATION.

La ſeconde eſt que les enfans nés à l'ombre d'un mariage nul, mais contracté de bonne foi, ſont réputés légitimes dès l'inſtant même de leur naiſſance. On trouve quelques traces de cette maxime dans le droit civil ; mais c'eſt principalement au droit canonique (*) qu'elle doit ſon

(*) Voici ce que porte le chapitre *cùm inter*, aux décrétales *qui filii ſint legitimi :*

Cùm inter L. virum & T. mulierem divortii ſententia canonicè ſit prolata, filii eorum non debent exindè ſuſtinere jacturam, cùm parentes eorum publicè, ſine contradictione eccleſiæ inter ſe contraxiſſe noſcantur. Ideòque ſancimus ut filii eorum quos antè divortium habuerunt, & qui concepti fuerunt ante latam ſententiam, non minùs habeantur legitimi, & quòd in bona paterna hereditario jure ſuccedant, & de parentum facultatibus nutriantur.

Voyez le chapitre *ex tenore*, rapporté ci-après.

établissement ; & nous l'avons adoptée dans nos mœurs.

Deux motifs principaux ont concouru à la faire recevoir. 1°. Il y a plusieurs cas où la bonne foi, jointe à un titre coloré, purge les vices de la possession. 2°. Le nom du mariage est si saint, si puissant, que son ombre seule semble devoir couvrir le vice de la naissance des enfans : » L'é-» glise & l'état, dit M. d'Agueſſeau, tiennent » compte à ceux qui contractent un mariage, » de l'intention qu'ils avoient de donner des en-» fans légitimes à la république ; ils ont formé » un engagement public & solemnel ; ils ont » suivi l'ordre prescrit par la loi, pour laisser une » postérité légitime. Un empêchement secret, un » évènement imprévu trompe leur prévoyance. On » ne laisse pas de récompenser en eux le vœu, » l'apparence, le nom du mariage, & l'on re-» garde moins ce que les enfans sont, que ce » que les pères avoient voulu qu'ils fussent «.

Nous venons de dire que cette Légitimité putative est reconnue dans nos mœurs ; c'est en effet ce que prouvent plusieurs monumens de notre jurisprudence. Le roi Philippe-Auguste s'étoit cru autorisé par une sentence de l'archevêque de Rheims, à regarder comme nul le mariage qui existoit entre lui & Engeberge, & à en contracter un nouveau avec Agnès, fille d'un duc de Moravie : mais le pape Innocent III, ayant dans la suite annullé le second mariage & confirmé le premier, il fut question de savoir quel état on donneroit aux enfans qui étoient nés d'Agnès. Cette cause fut renvoyée par le souverain pontife aux archevêques de Bourges & de Sens, & eux évêques de Paris, de Terrouane, de Noyon, de Soissons, de Beauvais, &c. qui, d'une voix

unanime, prononcèrent pour la Légitimité, par la raiſon qu'Agnès n'avoit épouſé le roi qu'en vertu d'une ſentence, & que conſéquemment on devoit la préſumer de bonne foi.

Bouchard d'Aveſnes, diacre, avoit épouſé Marguerite, comteſſe de Flandres & de Hainaut, ſans lui faire connoître le lien dans lequel il étoit engagé, & il en avoit eu deux enfans. Après ſa mort, ſa veuve s'étoit remariée à Guillaume de Bourbon, ſeigneur de Dampierre, & de ce ſecond mariage étoit né Guillaume de Dampierre. Celui-ci voulut exclure les enfans du premier lit de la ſucceſſion de leur mère, ſous prétexte qu'ils étoient bâtards; mais par jugement arbitral donné en 1246 par le roi ſaint Louis, & confirmé en 1249 par quelques commiſſaires du ſaint ſiége, cette prétention fut rejetée, à cauſe de la bonne foi de Marguerite.

Brodeau ſur M. Loüet, dit que » dans la » ſeconde déciſion de M. Jean des Mares eſt » rapporté un arrêt de l'an 1380, donné au profit » des enfans de M. Jean Perdriguier, contre les » religieux de ſaint Jean de Jéruſalem, par le- » quel il fut jugé que la bonne foi de la mère » qui avoit ignoré la qualité dudit Perdriguier, » religieux profès, rendoit les enfans de ſon ma- » riage légitimes, & comme tels, capables de » ſuccéder, à l'excluſion de l'ordre, qui ſuccède au » pécule des chevaliers profès «.

Il y a dans Robert un arrêt du 22 juillet 1592, qui a pareillement déclaré légitimes les enfans d'un prêtre qu'une femme avoit épouſée de bonne foi. On en trouvera ci-après deux autres des 30 août 1597, & 16 janvier 1610, quit on adopté la même déciſion.

Henrys en rapporte un du 6 juillet 1637, qui déclare capables de succéder, les enfans du mariage contracté par le sieur de la Roche-Boisseau, condamné à mort par contumace, avec une femme qui ignoroit son état. On verra ci-après, que sans la bonne foi de leur mère ils auroient été regardés comme illégitimes quant aux effets civils.

Le journal des audiences nous en fournit deux semblables; le premier, rendu le 13 juin 1656, accorde la Légitimité à un enfant né d'un second mariage qu'une femme avoit contracté en vertu d'une sentence de l'officialité, du vivant de son premier mari qu'elle croyoit mort; le second, du 4 février 1689, juge que la bonne foi d'une femme qui a épousé un chevalier profès de l'ordre de Malthe, est seule suffisante pour autoriser les enfans à porter le nom & les armes de la famille de leur père.

On trouve dans la collection de jurisprudence deux arrêts qui ont jugé la même chose. Voici l'espèce du premier. En 1697, Jérôme-Dominique de Cyranno avoit épousé Elizabeth de Chéry. Depuis, il l'avoit abandonnée, & avoit contracté en 1714 un nouveau mariage avec Marie Cherbois, *sans que la première femme se fût présentée, soit pour empêcher ce second mariage, soit pour le troubler, & pour annoncer son état à la seconde femme.* Cyranno étant mort en 1741, Elizabeth de Chéry interjeta appel comme d'abus de son second mariage; &, par arrêt du 5 septembre 1744, la cour dit qu'il y avoit abus, & néanmoins adjugea la succession du défunt aux trois enfans qu'il avoit eus de Marie Cherbois.

Le second arrêt est du 13 juillet 1752, & il a été rendu dans l'espèce d'un second mariage

contracté du vivant de la première femme. En voici le dispositif : » La cour, en tant que touche l'appel comme d'abus (du premier mariage) interjeté par .... Nicolas-Anne Jolivet (fils du second lit), dit qu'il n'y a abus; en tant que touche l'appel interjeté par la partie d'Aubry (la veuve Dugé, fille du premier lit) du second mariage contracté par Guillaume Jolivet avec Marie Rogery, dit qu'il y a abus, & néanmoins déclare les enfans nés dudit mariage légitimes; en conséquence ordonne qu'il sera procédé au partage de la succession de Guillaume Jolivet entre les parties d'Aubry & de Michel (Nicolas-Anne Jolivet), en rapportant respectivement les sommes par elles reçues ou par leurs auteurs «.

Rousseau de la Combe rapporte un autre arrêt du 1 février 1745, rendu » en la grand'chambre sur les conclusions de M. d'Ormesson, avocat général, plaidant M^e. Lorry pour le nommé Girard, qui a été déclaré légitime à cause de la bonne foi de son père, qui n'avoit reconnu que cinq ans après son mariage, qu'il y en avoit un premier subsistant entre sa femme & le nommé Foubert, cavalier dans un régiment «.

Le parlement de Paris n'est pas la seule cour du royaume dont les regîstres nous offrent la preuve qu'un mariage putatif produit, par rapport à la Légitimité, le même effet qu'un mariage véritable : il existe deux arrêts du parlement de Rouen, qui établissent la même jurisprudence. Le premier, & peut-être le plus célèbre de tous ceux qui ont été rendus sur de pareilles contestations, est retracé en ces termes par Bardet,

tome 2, page 14 : » Il n'eſt pas beſoin de re-
» chercher ſi exactement l'opinion de tant de
» docteurs pour confirmer une maxime que la
» cour a approuvée & autoriſée par pluſieurs
» arrêts. Le premier eſt celui de Ferrieres,
» rendu à l'échiquier de Normandie ſur un renvoi
» fait par le roi, lequel, pour la conſéquence
» de la matière, voulut que dans un jugement
» ſi célèbre il y eût des conſeillers de tous les
» parlemens de ſon royaume; & ce fut par eux
» que fut rendu cet arrêt.... par lequel les
» enfans ſont déclarés légitimes à cauſe de la
» bonne foi de leur mère, qui ignoroit que ſon
» mari fût prêtre «.

Bardet ne nous apprend pas la date de cet arrêt; mais on voit dans le commentaire de Benedicti ſur le chapitre *Raynutius*, qu'il a été rendu au mois de février 1507.

Le ſecond arrêt eſt du 22 avril 1704; voici comme le rapporte l'auteur des nouvelles notes ſur Baſnage : » Le ſieur de la Gripiere, du vi-
» vant de la demoiſelle Dumont ſa femme,
» s'étoit encore marié avec demoiſelle Lucie
» Maſſon, qui ignoroit que le ſieur de la Gri-
» piere fût déjà marié. De ce mariage naqui-
» rent pluſieurs enfans. Après la mort du ſieur
» de la Gripiere, la demoiſelle Dumont ſa veuve,
» & demoiſelle Magdeleine-Thérèſe de la Gri-
» piere ſa fille, conteſtèrent à la demoiſelle Maſſon
» ſon douaire, & aux enfans nés d'elle & dudit
» ſieur de la Gripiere, leur état & leur part
» dans les biens de leur père. Par l'arrêt, la cour
» déclara qu'il avoit été mal, nullement & abu-
» ſivement diſpenſé, exécuté & procédé à la cé-
» lébration du mariage de ladite demoiſelle Maſſon,

» icelui déclaré non valablement contracté : & » ayant cependant aucunement égard à sa requête, » lui a par forme d'intérêt adjugé le quart du » bien que possédoit ledit sieur de la Gripiere » lors de son décès, pour en jouir par usufruit » sa vie durant, & être partagé après sa mort » entre ses enfans & la fille sortie du mariage » dudit sieur de la Gripiere. Et faisant droit sur » la requête d'intervention du sieur de l'Isle, cu- » rateur des enfans dudit sieur de la Gripiere & » de ladite demoiselle Masson, l'a reçu partie » intervenante ; en quoi faisant, a déclaré lesdits » enfans légitimes ; a ordonné qu'ils partageroient » la succession dudit sieur de la Gripiere avec la » fille sortie de son mariage «.

La plupart de ces arrêts décident une question qui étoit autrefois assez controversée, & qui consistoit à savoir si l'enfant né d'un mariage putatif étoit légitime à l'égard des deux contractans, lorsqu'il n'y en avoit eu qu'un dans la bonne foi. La plupart des anciens glossateurs divisoient l'état des enfans, en les regardant comme légitimes par rapport à l'un, & illégitimes par rapport à l'autre. Mais il étoit absurde qu'un même homme fût en partie légitime & en partie bâtard : l'état est indivisible, & il est plus juste de récompenser le coupable avec l'innocent, que de confondre & d'envelopper l'un & l'autre dans une même condamnation. Aussi le chapitre *ex tenore* (*) décide-

(*) *Voici les termes de ce texte :*

Ex tenore litterarum vestrarum nobis innotuit quòd cùm G. vidua hereditatem quondam R. mariti sui sibi & pupillo filio suo restitui postularet, pars adversa petitionem ejus excluderet, pro eo quòd R. maritum ipsius viduæ de adul-

t-il dans l'espèce d'un bigame, que la bonne foi de la seconde femme fait réputer légitimes les enfans qu'elle a eus de son prétendu mariage, même à l'effet de recueillir la succession de leur père qui avoit contracté de mauvaise foi; & nous venons de voir que les arrêts ont adopté cette décision sans difficulté.

La Légitimité putative n'habilite pas seulement les enfans à succéder à leurs père & mère, elle les rend encore capables de recueillir à titre héréditaire les biens de leurs aïeuls & même de leurs parens collatéraux, parce qu'elle forme une image parfaite de la Légitimité véritable, & que la fiction doit avoir autant d'effet dans les cas où elle a lieu, que la réalité : *fictio tantùm operatur in casu fictο, quantùm veritas in casu vero.* On trouve dans les notes sur M. le Prêtre un arrêt du 16 janvier 1610, qui juge, » que les en» fans nés de mariage non valable étoient pour » la bonne foi capables non seulement de la suc» cession directe, mais aussi de la collatérale «. Il s'agissoit dans cette espèce de la succession d'un oncle maternel.

Cette règle admet cependant une exception par rapport aux enfans d'un religieux profès. Comme ils ne pourroient tenir que de leur père la faculté de succéder à leurs aïeuls ou collatéraux paternels, & que leur père avoit entièrement perdu

---

terio genitum asserebat ... intelligentes quòd pater prædicti R. matrem ipsius in faciem ecclesiæ ignaram, quòd ipse aliam sibi matrimonialiter copulasset, duxerit in uxorem ; & dum ipsa conjux ipsius legitima putaretur, dictum R. suscepit ex eâdem, in favorem prolis potiùs declinamus, memoratum R. legitimum reputantes.

ce droit lors de ſon mariage putatif, il eſt impoſſible qu'ils l'exercent eux-mêmes, à moins que l'on ne donne à la fiction plus d'effet qu'à la vérité, ce qui ſeroit d'une abſurdité inſoutenable. C'eſt ſans doute par ce motif qu'un arrêt du 10 février 1632, rapporté par Bardet, a déclaré les enfans d'un jacobin non recevables dans leur demande en partage de la ſucceſſion de leur aïeul paternel, quoique leur mère ſe fût mariée de bonne foi & ſans le moindre ſoupçon de l'état de leur père. On trouve auſſi dans le journal des cauſes célèbres de M. Deſeſſarts, un arrêt qui déclare les enfans nés du mariage putatif du nommé Fortin, cordelier, légitimes, & néanmoins incapables de prendre part à la ſucceſſion de leur aïeul.

Pour que la bonne foi rende légitimes les enfans iſſus d'un mariage putatif, il faut que ce mariage ait été contracté avec toutes les formes & les ſolemnités preſcrites par les loix de l'égliſe & de l'état. C'eſt la déciſion expreſſe du chapitre *cùm inhibitio* (*), & elle eſt fondée ſur deux raiſons : la première, que la bonne foi eſt peu probable dans deux perſonnes qui s'uniſſent d'une manière défendue : on la préſume aiſément dans

(*) Ce chapitre eſt tiré du concile de Latran, tenu ſous Innocent III. En voici les termes : *Si quis verò hujuſmodi clandeſtina vel interdicta conjugia inire præſumpſerit, in gradu prohibito,* ETIAM IGNORANTER, *ſoboles de tali conjunctione ſuſcepta prorsùs illegitima cenſeatur, de parentum ignorantiâ nullum habitura ſubſidium : cùm illi taliter contrahendo non expertes ſcientiæ vel ſaltem affectatores ignorantiæ videantur.* Extrà, *de clandeſtinâ deſponſatione.*

ceux qui s'engagent publiquement, parce que l'innocence ne cherche jamais les ténèbres : mais il n'en eſt pas de même de ceux qui mépriſent les loix divines & humaines, en formant un concubinage au lieu d'une union légitime. La ſeconde, que cette prétendue bonne foi ne les excuſe pas, parce qu'ils commencent par commettre un crime, & que c'eſt à eux à s'imputer tout ce qui arrive en conſéquence.

M. Dulauri nous a conſervé un arrêt du grand conſeil de Malines du 28 février 1711, par lequel, dit il, » la cour jugea, que pour déclarer » un enfant légitime d'un mariage nul, la bonne » foi de l'un ou de l'autre ne ſuffiſoit point, » mais qu'au deſſus devoit concourir que le ma» riage fût célébré ſolemnellement *in facie ec*» *cleſiæ* «.

Lorſqu'au contraire les conjoints putatifs n'ont négligé aucune des formalités eſſentielles du mariage, il faut des preuves bien claires de leur mauvaiſe foi, pour faire déclarer bâtards les enfans auxquels ils ont donné l'être. M. Louet rapporte un arrêt du 30 août 1597, qui juge légitimes les fruits d'un ſecond mariage contracté par une femme, du vivant de ſon mari condamné aux galères, *ayant néanmoins entendu que ſondit mari étoit mort, s'étant contentée de cette nouvelle, ſans particulièrement faire ouir le meſſager, mettre ſa dépoſition* apud acta, *& attendre l'an pour ſe remarier . . . . . le mariage avoit été ſolemniſé en face d'égliſe, le mari ſachant que la fiancée étoit mariée.*

Une erreur de droit ſuffiroit-elle pour aſſurer l'état des enfans nés d'un mariage auquel elle

auroit donné lieu ? Le principe général eſt que la bonne foi ne ſe préſume pas dans celui qui enfreint la diſpoſition des loix : & de là il réſulte, qu'un mariage nul par l'effet d'un empêchement connu des deux parties, ne peut régulièrement produire que des bâtards, quoique l'homme ou la femme ſe ſoit imaginé que cet empêchement ne formoit pas d'obſtacle à leur union. C'eſt ainſi que par l'arrêt cité du 28 février 1711, le grand conſeil de Malines a déclaré illégitime une fille dont la mère avoit cru n'avoir pas beſoin pour ſe marier de l'intervention de ſon curé.

Il peut cependant ſe préſenter des circonſtances aſſez favorables pour déterminer les juges à s'écarter de cette rigueur : nous trouvons dans Aſandre un arrêt du conſeil ſouverain de Friſe du 4 avril 1630, qui a jugé que les enfans nés d'un mariage contracté par erreur de droit entre l'oncle & la nièce, étoient légitimes. C'eſt auſſi ce qu'ont décidé les empereurs Marcus & Lucius dans une eſpèce rapportée au digeſte, titre *de ritu nuptiarum*, loi 57, §. 1. Voici la traduction littérale de ce précieux texte : » Les empe-» reurs Marcus & Lucius ont envoyé le reſ-» crit ſuivant à Flavia Tertulla par l'affranchi » Menſor : nous ſommes touchés & du long eſ-» pace de temps pendant lequel vous avez, par » ignorance de droit, vécu avec votre oncle » comme avec votre mari, & de ce que vous » lui avez été donnée en mariage par votre aïeule, » & du nombre de vos enfans. C'eſt pourquoi, » & attendu le concours de toutes ces circonſ-» tances, nous confirmons l'état des enfans que » vous avez eus de ce mariage contracté de-» puis plus de quarante ans, & nous voulons

» qu'ils ſoient regardés comme légitimes (*) «.

Remarquez, dit M. d'Agueſſeau, combien de circonſtances les empereurs relèvent ; & ils ne ſont frappés que de leur réunion, *cùm hæc omnia in unum concurrant.*

1°. Le long temps ; l'eſpace de quarante années.

2°. L'ignorance du droit, qui s'excuſe en pluſieurs cas dans une femme. Voyez l'article IGNORANCE.

3°. L'autorité d'une aïeule qui avoit marié la nièce dont il s'agiſſoit, & à laquelle ſeule on devoit imputer la faute.

4°. Le nombre des enfans.

Lorſque la bonne foi des conjoints ou de l'un d'eux ne ſupplée pas à la nullité du mariage qu'ils ont contracté, les enfans qu'ils ont eus enſemble doivent régulièrement, être déclarés illégitimes.

On dit *régulièrement*, car il peut quelquefois arriver que des fins de non recevoir aſſurent leur état. Voyez à l'article MARIAGE la queſtion de ſavoir à qui appartient le droit d'attaquer un mariage, & quelles ſont les circonſtances qui rendent non recevable à l'exercer.

Doit-on regarder comme légitime l'enfant né d'un mariage contracté avant qu'un engagement

(*) Divus Marcus & Lucius imperatores Flaviæ Tertullæ per Menſorem libertum, ita reſcripſerunt : movemur & temporis diuturnitate, quo ignara juris in matrimonio avunculi tui fuiſti, & quòd ab aviâ tuâ collocata es, & numero liberorum veſtrorum. Id circò quæ cùm hæc omnia in unum concurrant, confirmamus ſtatum, liberorum veſtrorum in eo matrimonio quæſitorum, quod ante annos quadraginta contractum eſt, perindè atque ſi legitimè concepti fuiſſent.

antérieur qui y formoit obstacle, mais qui étoit nul en soi, ne fût annullé par un juge compétent ? Cette question est traitée au journal du palais, tome 1, page 178. On dit pour la négative, qu'il y a des actes qui sont nuls de plein droit, comme les contrats passés par des impubères, parce que la loi ne les connoît point encore, pour les obliger à l'exécution de leurs promesses ; mais aussi qu'il y en a d'autres qui ne peuvent être annullés sans lettres du prince ou jugement solemnel, comme ceux qui sont passés par des majeurs ou par des mineurs approchans de la majorité ; & de cette sorte, ajoute-t-on, sont les actes qui blessent la république, les loix, les ordonnances, la validité des mariages, l'état des enfans. Quand on fait un mariage, on contracte avec la république ; c'est un traité qui lui répond d'une famille & qui lui produit des citoyens pour la servir : & s'il arrive que l'on veuille révoquer ce traité, il faut un appel comme d'abus & un arrêt. A ces raisons se réunit l'autorité d'un arrêt de règlement du 9 juillet 1668, qui » fait défenses à toutes personnes de contracter » mariage à l'avenir avec des personnes qui au» ront fait des vœux & obtenu des rescrits pour » les déclarer nuls, qu'auparavant lesdits rescrits » n'aient été entérinés, à peine de la vie contre » l'un & l'autre des contrevenans «. Cet arrêt est inséré dans les mémoires du clergé.

On dit au contraire pour l'affirmative, que le juge n'établit & ne donne pas le droit par sa sentence, mais déclare seulement celui qui étoit acquis ; que par conséquent un engagement nul ne doit pas empêcher que l'on n'en forme un autre ; & que la nullité du premier venant dans

la ſuite à être déclarée, la validité du ſecond ne doit plus ſouffrir aucune difficulté.

Ce parti a été adopté par pluſieurs arrêts célèbres. Un des plus remarquables eſt celui du 11 mars 1660. Il ſurſit à faire droit ſur l'appel comme d'abus du ſecond mariage contracté par Jeanne Tourneux avec Fréart, juſqu'à ce qu'il ait été ſtatué ſur la validité du premier contracté par elle & le nommé Bigot.

On en trouve trois autres qui ont jugé, que des vœux nuls qui n'avoient point été caſſés en juſtice, n'étoient pas un obſtacle au mariage ni à la Légitimité des enfans. Le premier eſt du 11 juillet 1658; il eſt rapporté au journal des audiences. Le ſecond eſt de l'année 1671; il en eſt fait mention dans le journal du palais à l'endroit cité. Le troiſième eſt du 16 mai 1746; on peut en voir l'eſpèce dans la collection de Denizart au mot *Mariage*.

Cette juriſprudence n'eſt cependant pas à l'abri de toute critique. » Nous n'ignorons pas, dit M. » d'Agueſſeau, que l'on a confirmé pluſieurs ma- » riages contractés au préjudice d'un premier en- » gagement. Mais dans quelle eſpèce a-t-on pu » rendre de pareils jugemens? Lorſque le pre- » mier mariage étoit tellement nul, que les » parties ne pouvoient ſe croire véritablement » engagées; lors, par exemple, qu'un fils de fa- » mille mineur, dont la ſéduction eſt conſtante, » s'étant marié ſans publication de bans, ſans » préſence du propre curé, réclame auſſi-tôt après » ſon mariage l'autorité des loix & la protection » de la juſtice. Quoiqu'il ſeroit plus régulier d'at- » tendre que le premier mariage fût déclaré nul, » on excuſe cependant la précipitation d'un homme » qui

» qui s'engage avant la fin d'un procès dont l'évè-
» nement ne peut être douteux.

» Mais lorsque les parties ont cru leur enga-
» gement valable pendant le cours de plusieurs
» années, lorsqu'ils l'ont déclaré par des actes pu-
» blics, lorsque l'église les a reçus à la participa-
» tion de ses sacremens, comme des personnes
» dont l'union étoit légitime, que le public les
» a toujours considérés comme mari & femme,
» qu'eux-mêmes se sont toujours donné cette
» qualité mutuellement; ne doit-on pas rentrer
» dans le droit commun, & décider que ce pre-
» mier mariage, défectueux à la vérité dans son
» commencement, est néanmoins un empêche-
» ment capable de dirimer ceux qui l'ont
» suivi ? «.

Comme il y a, suivant la déclaration de 1639 & l'édit de 1697, des mariages valables quant au sacrement, & nuls quant aux effets civils, il est clair que les enfans nés des personnes qui les ont contractés, doivent être regardés comme légitimes dans l'église, & comme bâtards dans l'état. Néanmoins dans l'usage on se contente, même dans les tribunaux séculiers, de les déclarer incapables des effets civils de la filiation, & on leur laisse la qualité de légitimes afin qu'ils ne soient point arrêtés par une équivoque dans l'usage qu'ils peuvent en faire par rapport aux effets canoniques. C'est ce que nous apprennent trois arrêts rapportés par Augeard. Voici l'espèce des deux premiers.

Le nommé Fournier avoit d'un premier mariage une fille nommée Catherine; il avoit contracté un second mariage avec sa servante; mais il l'avoit tenu secret jusqu'à sa mort, & il lui

en étoit né un fils nommé Mathurin. Lorſqu'il fut queſtion de partager ſa ſucceſſion, Catherine Fournier interjeta appel comme d'abus du ſecond mariage, dans l'eſpérance de faire déclarer ſon frère conſanguin illégitime. Mais par arrêt du 11 mai 1671, rendu ſur les concluſions de M. l'avocat-général Bignon, la cour dit qu'il n'y avoit abus, & néanmoins maintint Catherine Fournier dans tous les biens du défunt, diſtraction faite d'une ſomme de 3000 livres qu'elle adjugea à Mathurin Fournier pour tout ce qu'il pouvoit prétendre.

Comme cet arrêt déclaroit implicitement Mathurin Fournier légitime, il voulut dans la ſuite s'en faire un titre pour prendre part dans une ſucceſſion collatérale, & ſa prétention fut accueillie par ſentence des requêtes du palais du 19 ſeptembre 1703. Mais ſur l'appel, arrêt intervint le 24 juillet 1704, qui le débouta de ſes demandes, *comme incapable de toutes ſucceſſions directes & collatérales.*

Le troiſième arrêt n'eſt pas moins précis. Le nommé du Simon avoit épouſé au lit de la mort une fille dont il avoit eu pluſieurs enfans. Ses parens interjetèrent appel comme d'abus de ce mariage : mais par arrêt du 14 juillet 1687, » la cour jugea qu'il n'y avoit abus; & pour certaines conſidérations adjugea à trois enfans qui » reſtoient de cette conjonction, le tiers des biens » de du Simon en propriété, & la moitié de ce » tiers en uſufruit à la mère, en déclarant que » ce tiers n'étoit pas donné aux enfans comme » portion héréditaire, mais par forme d'alimens «.

La déclaration de 1639 met au nombre des en-

fans légitimes quant aux effets canoniques, & bâtards quant aux effets civils, ceux qui ont reçu l'être d'un mariage contracté entre des personnes dont l'une étoit morte civilement au temps de la célébration. Mais cette loi ne décide pas s'il faut aussi regarder comme illégitime dans l'ordre politique un enfant qui est né après la mort civile de son père ou de sa mère, d'un mariage contracté auparavant. L'affirmative ne souffre cependant aucune difficulté, & elle est établie par M. le Camus d'Houlouve sur la coutume du Boullonnois, page 41 : » Ceux, dit-il, qui n'étoient » ni nés ni conçus au temps de la mort civile » de leur père, quoique légitimes (aux yeux de » la religion), sont incapables de recueillir les » successions directes ou collatérales, parce qu'il » n'a pu leur transmettre les effets civils qu'il n'a- » voit plus, & dans ce cas les enfans nés ou conçus » avant la mort civile du père, excluent de sa » succession & de toutes autres, ceux qui sont nés » depuis «.

Denizart confirme cette doctrine par un arrêt qu'il rapporte en ces termes : » Les enfans qui » naissent de personnes condamnées à mort civile, » depuis leur condamnation, sont légitimes ; mais » ils sont incapables de succéder à leurs parens, » parce qu'un tronc mort, disent les auteurs, » ne peut pas produire des branches vives. » Cela a été ainsi jugé par arrêt du mois de » février 1745, confirmatif d'une sentence du » châtelet «.

On trouve la même décision consignée dans un arrêt du 15 mai 1665, rapporté au journal des audiences. Il déclare une fille dont les père & mère avoient été condamnés à mort par contu-

mace, non recevable dans sa demande en partage de la succession de son frère, parce qu'elle étoit née depuis la condamnation, quoique d'un mariage contracté même avant le crime.

Une comparaison rendra encore cette vérité plus sensible. Chez les Romains un prisonnier de guerre étoit réputé mort civilement du jour de sa captivité. On a demandé si les enfans que des père & mère avoient eus dans cet état, d'un mariage formé pendant qu'ils étoient libres, devoient être regardés comme légitimes & il a été décidé que non. On a ensuite poussé la question plus loin : on a supposé que les père & mère avoient recouvré leur liberté, & l'on a répondu qu'en ce cas les enfans nés pendant leur captivité étoient devenus légitimes par droit de retour, *jure postliminii.* Mais que seroit-ce, a-t-on ajouté, si le père mouroit captif & que la mère revînt seule avec ces enfans? Le législateur a voulu que dans cette hypothèse les enfans fussent réputés bâtards. Toutes ces décisions sont renfermées dans la loi 26, au digeste *de captivis & postliminio reversis.* Les termes en sont précieux : *Divus Severus & Antoninus rescripserunt si uxor cum marito ab hostibus capta sit, & ibidem ex marito enixa sit, si reversi fuerint* JUSTOS *esse & parentes & liberos, & filium in potestate patris, quemadmodum si jure postliminii inde reversus sit. Quòd si cum matre suâ solâ revertatur, quasi sine marito natus,* SPURIUS *habebitur.* Voyez ce que nous disons à l'article MORT CIVILE, touchant l'application de cette loi à nos usages.

Le mariage étant la seule source de la Légitimité, il est clair que tout enfant qui se pré-

tend légitime, doit prouver qu'il doit le jour à des personnes mariées. C'est en représentant l'acte de célébration qu'il fait cette preuve.

Mais quel état lui donnera-t-on si, sans pouvoir représenter cet acte, il prouve que ses père & mère ont toujours vécu comme mari & femme, & ont toujours passé pour tels dans l'opinion du public ? Chez les Romains on l'auroit déclaré légitime sans aucune difficulté : comme le mariage pouvoit se contracter parmi eux sans formalités publiques & par le seul consentement des parties, il étoit naturel d'en présumer l'existence toutes les fois que l'on en remarquoit les signes extérieurs. Aussi voyons-nous dans la loi 31, au digeste *de donationibus*, que la longue cohabitation & les circonstances dont elle étoit accompagnée, distinguoient la femme légitime d'avec la concubine (*).

Le droit canonique a aussi autorisé long-temps ces sortes de présomptions ; c'est ce que prouvent plusieurs textes, & entre autres le chapitre *illud*, aux décrétales *de præsumptionibus* (**).

» Mais, dit M. d'Agueſſeau, le concile de » Trente a réformé cet abus, quand il a prescrit » la présence du propre curé & celle de trois té-

(*) Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit ; nec si matrimonium inter eosdem posteà fuerit contractum, ad irritum recidere quod antè jure valuit. An autem maritalis honor & affectio pridem precesserit, personis comparatis, vitæ conjunctione consideratâ, perpendendum esse respondi : neque enim tabulas facere matrimonium.

(**) Quia in hujusmodi dubietate fama vicinia magis debet attendi, si fama loci habet quòd vir ipsam in lecto & in mensâ sicut uxorem tenuerit, cogenda est mulier ut eidem viro affectu serviat conjugali.

» moins ; quand il a imposé la nécessité de tenir » des registres de mariage dans toutes les pa- » roisses «.

L'ordonnance de Blois & celle de Moulins ont confirmé cette disposition. La déclaration de 1639 a passé plus avant : considérant les abus qui naissoient tous les jours des preuves que l'on prétendoit faire des mariages, & le trouble des familles dont la destinée dépendoit du caprice d'un témoin, on crut qu'il falloit défendre absolument même la preuve testimoniale qui paroissoit souvent suspecte, & toujours défectueuse.

L'expérience fit connoître dans la suite que la rigueur de l'ordonnance réduisoit les parties à l'impossibilité de prouver leur état ; que des parties innocentes étoient exclues d'une famille dans laquelle la providence les avoit fait naître, ou par un accident imprévu, ou par la négligence des curés. On a modéré cette sévérité, & l'ornance de 1667 a permis la preuve par témoins, lorsque la perte des registres étoit articulée & prouvée.

Telles sont les maximes que nos ordonnances ont établies. Jamais elles n'ont admis les présomptions en matière de mariages; elles n'écoutent même la preuve testimoniale que dans certains cas.

Ces principes ont été confirmés par un arrêt qui est rapporté en ces termes dans la collection de jurisprudence : » Marie Charuel, après avoir » épousé Jacques Houdoyer, en fut abandonnée, » sans qu'on pût savoir ce qu'il étoit devenu. » Elle vécut depuis & pendant fort long temps » avec Louis Girard sur les paroisses de saint » Benoît & saint Severin, à Paris ; elle en eut

» un fils baptisé comme légitime en 1685. Après » la mort de Louis Girard, elle prit la qualité » de veuve : un avis de parens assuroit à l'enfant » l'état de légitime ; l'inventaire fut fait à la re- » quête d'elle, comme veuve, & du fils comme » héritier ; elle décéda en possession de son état : » son inventaire fut même fait à la requête de » cet enfant & d'une fille qu'elle avoit eue de son » mariage avec Houdoyer. Jean Girard, qui étoit » né de l'habitation publique de Louis Girard » avec Marie Charuel, ayant demandé le partage » des biens de sa mère contre sa sœur Marie » Houdoyer, celle-ci attaqua son état, & soutint » qu'il n'y avoit pas eu de mariage entre Marie » Charuel & Louis Girard : elle ajouta même, » qu'il ne pouvoit pas y en avoir, au moyen de » ce qu'on ignoroit le sort de Jacques Houdoyer. » Jean Girard répondoit, qu'il étoit en possession » de son état depuis vingt-sept ans : il alléguoit » une cohabitation publique de son père & de » sa mère, & rapportoit des actes où ils étoient » qualifiés de mari & femme ; son extrait bap- » tistaire étoit en règle, sa qualité de légitime » étoit reconnue par des avis de parens & par » des inventaires. Cependant parce qu'il ne rap- » portoit point d'acte de célébration, ni d'extrait » mortuaire de Jacques Houdoyer, il fut débouté » de sa demande en partage par sentence du châ- » telet, confirmée par arrêt du 12 juillet 1713, » rendu sur les conclusions de M. Joly de Fleury, » avocat-général (*).

(*) Voyez ci-après, section 3, une observation importante sur cet arrêt.

Il peut cependant se présenter des circonstances assez fortes pour obliger les juges à se déterminer en faveur de la Légitimité, sans que le mariage soit prouvé directement par titre ou par témoins; c'est ce qui arrive sur-tout lorsque les père & mère sont décédés, & que l'on ne peut pas savoir où a été célébré leur mariage : on sent qu'en pareil cas ce seroit réduire les enfans à l'impossible, que de les nécessiter à rapporter une preuve claire & précise du mariage dont ils se prétendent issus. » Combien y en a-t-il, dit M. Cochin, qui, » élevés tranquillement sous les yeux de leurs » parens, n'ont jamais pensé à demander où leur » père avoit été marié, & qui, interrogés sur ce » point après la mort de leur père, seroient ab- » solument hors d'état d'y répondre? Combien y » en a-t-il qui ne savent pas même où leur père » demeuroit dans le temps de son mariage? » D'ailleurs combien de mariages se font avec dis- » pense du curé des parties dans des paroisses » éloignées? Enfin combien y en a-t-il qui n'ont » fait rédiger leur mariage que sur une feuille » volante qui peut périr par mille accidens? » Comment des enfans qui n'ont jamais demandé » compte à leur père de la Légitimité de son ma- » riage, iront-ils découvrir cette paroisse étran- » gère? Comment trouveront-ils cette feuille vo- » lante, que des parens avides de la succession » de leur père auront enlevée? Faudra-t-il que » des enfans, tristes victimes de ces malheureux » évènemens, auxquels il ne leur étoit pas pos- » sible de parer, perdent leur état, & soient » privés des honneurs d'une naissance légitime «?

Deux arrêts célèbres viennent à l'appui de ces réflexions; voici l'espèce du premier : François

Miolle ayant épouſé Marguerite Preſlat en Lorraine, vint avec elle en 1644 s'établir à Paris. Il y eut de leur mariage deux enfans ; Michel Miolle, né le 24 janvier 1645 ; & Jean Miolle, né le 17 janvier 1646, & décédé en bas âge ; l'un & l'autre furent baptiſés comme légitimes. En 1677, Michel Miolle épouſa Marie de Beaumont : il décéda en 1686 avec une fortune aſſez conſidérable, & laiſſa pour unique héritière une fille mineure, qui mourut en 1689. Cet enfant devoit avoir trois ſortes d'héritiers ; Marie de Beaumont ſa mère, quant aux meubles ; François Miolle ſon aïeul paternel, quant aux propres naiſſans, & Antoine, Miolle neveu de celui-ci, quant aux propres anciens. Marie de Beaumont voyant que les biens qui étoient échus à François Miolle par le décès de ſa petite-fille, paſſeroient bientôt à des collatéraux, réſolut de ſe les approprier par une voie nouvelle. Comme elle n'ignoroit pas l'impoſſibilité dans laquelle le déſordre des guerres ſurvenues en Lorraine mettoit François Miolle de rapporter l'acte de célébration de ſon mariage avec Marguerite Preſlat, elle lui fit entendre que n'ayant point cet acte, ſeul capable d'aſſurer l'état d'un enfant, il étoit à craindre pour lui qu'il ne fût fruſtré de la ſucceſſion de ſa petite-fille, ſi quelqu'un en demandoit au roi le don à titre de bâtardiſe. Elle lui perſuada que pour prévenir cet inconvénient il falloit qu'il en demandât lui-même le don ſous le nom d'un tiers qu'elle lui propoſa, & qui en conſéquence obtint & fit enregiſtrer le brevet ſans aucune difficulté. Lorſque Marie de Beaumont vit que ſon projet avoit réuſſi, elle fit donner à François Miolle une aſſignation en la chambre du tréſor, pour ſe faire

maintenir & garder dans la succeſſion de tous les biens meubles & immeubles de ſa fille. Le 31 août 1690, elle obtint en ce tribunal une ſentence par défaut qui lui adjugea ſes concluſions, *faute par François Miolle d'avoir juſtifié que Michel Miolle ſon fils étoit né en légitime mariage.* Le motif de cette ſentence fut, que les biens de Michel Miolle, en le ſuppoſant bâtard, n'avoient pu tomber au roi par droit de bâtardiſe, parce qu'en mourant il avoit laiſſé une fille légitime qui lui avoit ſuccédé, & dont le décès rendoit Marie de Beaumont, ſa mère, héritière néceſſaire de ſes propres. Cette ſentence fut ſuivie d'un arrêt rendu par expédient au parquet le 5 avril 1691 : mais François Miolle n'y avoit pas donné ſon conſentement ; il n'avoit même pas interjeté d'appel, ni conſtitué procureur. Après la mort de Marie de Beaumont, Antoine Miolle, neveu de François Miolle, interjeta appel de la ſentence de la chambre du tréſor, & demanda d'être reconnu pour héritier aux propres anciens de la fille de Michel Miolle. Sa qualité dépendoit de la queſtion de ſavoir ſi François Miolle & Marguerite Preſlat, père & mère de ce dernier, avoient contracté un véritable mariage : il rapportoit, pour le prouver, treize actes qui leur donnoient les titres de mari & de femme, & à Michel Miolle celui d'enfant légitime. M. l'avocat-général de la Moignon, qui porta la parole dans cette cauſe, conclut à ce qu'avant faire droit, les regiſtres de la paroiſſe de Saint-Mihiel en Lorraine, où étoit née Marguerite Preſlat, fuſſent compulſés, ou qu'il fût vérifié qu'ils étoient perdus. Mais par un premier arrêt du 31 mars 1710, la cauſe fut appointée

au conseil; & par un autre du 15 juin 1711, rendu au rapport de M. Menguy, Antoine Miolle a été maintenu & gardé dans la propriété de tous les biens qu'il réclamoit ; & par-là il a été jugé que la longue possession suffit pour faire présumer la Légitimité, lorsqu'il y a une impossibilité morale de découvrir la paroisse où les père & mère se sont mariés. Cet arrêt est rapporté fort au long dans le journal des audiences.

Voici les circonstances du second. Pierre Bourgelat avoit épousé en Italie Hieronyme Caprioli, originaire de Rome, & étoit venu s'établir avec elle à Lyon. Barthelemi Bourgelat, né de ce mariage, n'essuya aucune contradiction sur son état de fils légitime, jusqu'à l'âge de trente-quatre ans. Après la mort de son père, qui avoit eu des enfans d'un second lit, il se présenta pour partager avec eux sa succession ; ses frères refusèrent de le reconnoître. Ce refus donna lieu à une contestation en la sénéchaussée de Lyon, pendant laquelle Barthelemi Bourgelat mourut : sa veuve reprit l'instance au nom de ses enfans mineurs ; & par sentence du 5 septembre 1722, elle fut déboutée de sa demande. Sur l'appel au parlement, Me. Cochin son défenseur établit ses moyens sur la possession publique de l'état de fils légitime dans la personne de son mari. Elle rapportoit pour preuve de cette possession plusieurs lettres du père, l'extrait baptistaire de Barthelemi Bourgelat, l'extrait mortuaire d'un autre enfant né du même mariage, & décédé en bas âge ; elle ajoutoit que Hieronyme Caprioli avoit toujours été connue dans Lyon pour femme de Pierre Bourgelat, qu'elle avoit été enterrée solemnellement comme telle ; que si son acte de célébration de mariage ne se

trouvoit pas, c'eſt que le père, dont le ſecond mariage avoit refroidi l'affection à l'égard de Barthelemi ſon fils du premier lit, avoit négligé ou peut-être affecté de ne lui en donner aucune connoiſſance; que ſon ſecond mariage n'étoit atteſté que par une feuille volante; qu'on pouvoit n'avoit pas apporté plus de précaution pour le premier; que la perte ou même la ſouſtraction de cette feuille mettoit la veuve du fils hors d'état de rapporter une preuve préciſe du mariage dont il s'agiſſoit, mais que la poſſeſſion publique de ſon état & les titres dont elle avoit rendu compte à la cour ſuffiſoient. Par arrêt du 10 juin 1727, la ſentence de Lyon a été infirmée; & avant faire droit au principal, il a été permis à la veuve Bourgelat de faire preuve des faits par elle articulés. Les parties ayant achevé leurs enquêtes reſpectives, la cauſe a été appointée en droit; & enfin il eſt intervenu arrêt qui a ordonné que les enfans de Barthelemi Bourgelat auroient dans la ſucceſſion de Pierre Bourgelat leur aïeul, la part qui étoit due à leur père comme fils légitime (*).

Si la ſeule poſſeſſion d'état aſſure la Légitimité des enfans dans toutes les circonſtances ſemblables à celles des deux arrêts que nous venons de rapporter, à plus forte raiſon doit-elle produire le même effet lorſqu'elle eſt jointe à un acte qui énonce le mariage & que l'on ne peut pas raiſonnablement ſuſpecter. C'eſt ce qui a été jugé dans l'eſpèce ſuivante. Jeanne Billon prétendoit

(*) Deniſart date cet arrêt du 20 juillet 1728; c'eſt une erreur; car nous voyons dans le mémoire de Cochin, que le 31 août 1728 la cour ne penſoit pas encore à juger le fond, & donnoit ſeulement une proviſion à la veuve.

que Jean Billon, son père, avoit épousé Jeanne Rotier sa mère, & que le mariage avoit été célébré en 1664 dans la paroisse de Monjean, province du Maine. Elle rapportoit pour le prouver une sentence par défaut de l'official de Rennes, qui, sur les plaintes de Jeanne Rotier, ordonnoit à Jean Billon de retourner & de vivre avec elle *comme gens canoniquement mariés*. Cette sentence énonçoit un acte de célébration de mariage; le mari l'avoit d'abord attaquée par la voie d'appel, mais il l'avoit ensuite approuvée par deux déclarations solemnelles. Après la mort des deux époux, des parens collatéraux contestèrent l'état de leur fille : leurs moyens consistoient à dire : 1°. point d'acte de célébration, point de preuve que les registres de la paroisse de Monjean soient égarés ou brûlés, mais une simple énonciation dans une sentence par défaut qui ne prouve rien. 2°. Les déclarations du mari ne sont pas suffisantes pour réaliser un mariage qui n'existe pas. Jeanne Billon répondoit, que la possession dans laquelle ses père & mère étoient morts, en conséquence de la sentence de l'official, devoit faire présumer le mariage, & que cette présomption se convertissoit en preuve à la vue de l'énonciation de l'acte du mariage contenue dans la même sentence. Par arrêt du 17 janvier 1692, Jeanne Billon a été maintenue dans son état de fille légitime & dans la propriété des biens qu'on lui disputoit.

M. d'Agueſſeau, qui portoit la parole dans cette cause, a établi dans son plaidoyer une maxime dont on peut faire un grand usage dans ces sortes de questions. Nous croyons, disoit ce magistrat, que l'on doit examiner un mariage d'une manière bien différente, lorsqu'il s'agit de prononcer sur

la validité de l'engagement par rapport aux contractans mêmes, & lorſqu'on l'enviſage par rapport à l'état des enfans. On ne ſauroit apporter trop d'attention à ſuivre exactement & même avec ſcrupule les règles qui nous ſont preſcrites & par les canons & par les ordonnances. Un juge peut trembler avec raiſon lorſqu'il conſidère qu'il va peut-être ou rompre des nœuds que la main de dieu même a formés, ou confirmer les parties dans un engagement criminel, & donner à une conjonction illicite le titre honorable de mariage. Mais lorſque la mort a rompu cet engagement, quoiqu'il faille encore obſerver les maximes de l'égliſe & de l'état, on peut s'attacher moins rigoureuſement aux formalités, pour prononcer en faveur de la poſſeſſion, la loi la plus ſûre & la plus inviolable lorſqu'il s'agit de régler l'état des parties.

La poſſeſſion d'état qui réſulte de la cohabitation publique des père & mère & de la qualité de mari & femme qu'ils ont toujours priſe, perd toute ſa force à l'égard des perſonnes habituées au libertinage. En effet, diſoit M. d'Agueſſeau dans la cauſe de Jacquette de Senlis, pourquoi donne-t-on tant d'autorité au bruit public & à la commune renommée ? C'eſt qu'on ne ſuppoſe pas aiſément qu'une femme ait aſſez de hardieſſe pour vivre publiquement comme une femme mariée, pour prendre le nom de ſon mari ſans être ſa femme légitime, & ſans avoir reçu ce nom à la face des autels. On ne doute point que dans une ville bien policée l'égliſe, les magiſtrats, le peuple même, ne ſe fuſſent élevés contre de tels déſordres ; l'on croit qu'ils ne pourroient être connus & demeurer impunis : il ſuffit qu'ils ſoient

publics, pour se persuader qu'ils ne sont plus, & que le mariage a rendu une telle société légitime. Mais lorsqu'il s'agit d'une femme débauchée, confirmée dans le crime, qui, y goûtant une paix profonde, a su se faire un front incapable de rougir, toutes ces raisons cessent, toutes ces conjectures se dissipent. On se persuade aisément qu'une femme de ce caractère abusera facilement du nom du mariage, pour pouvoir vivre sans crainte dans une licence effrénée; qu'un jeune homme aveuglé par sa passion, entraîné par le plaisir présent, touché du même désir de liberté, consentira à ce commerce honteux, & prêtera son nom pour servir de voile à la débauche. C'est ce que les législateurs Romains avoient prévu, lorsqu'ils ont établi la cohabitation publique pour une des fortes preuves du mariage. Car, en même temps qu'ils admettoient cette présomption, ils exceptoient nommément les femmes accusées de désordre. C'est ce qui est décidé précisément par la loi 24, D. *de ritu nuptiarum*, conçue en ces termes: *In liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sunt, si non corpore quæstum fecerit.*

Si la possession d'état de fils légitime ne suffit pas pour écarter l'effet d'une preuve ou même d'une présomption contraire, à plus forte raison doit-il en être de même de la possession d'état de fils naturel. Ainsi quoiqu'un enfant ait été baptisé & élevé comme illégitime, il n'en est pas moins recevable à prouver que ses père & mère ont été mariés, & que par conséquent il doit jouir des avantages de la Légitimité. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 26 août 1756, rendu sur

les conclusions de M. Séguier. La dame Duhan avoit été baptisée & mariée comme fille naturelle du sieur Terrasson, procureur à Lyon, & de Marie de la Mure : sa mère avoit toujours porté publiquement le nom de madame Terrasson ; elle avoit présenté une requête en cette qualité contre son mari, & avoit été inhumée comme femme du sieur Terrasson. Celui-ci avoit signé d'autres extraits baptistaires d'enfans nés de lui & de Marie de la Mure avant & depuis la naissance de la dame Duhan, & chacun de ces actes donnoit à Marie de la Mure la qualité de femme légitime. La dame Duhan rapportoit en outre la preuve que l'on avoit enlevé plusieurs feuillets du regiſtre sur lequel elle prétendoit qu'avoit été inscrit l'acte de célébration de mariage de ses père & mère. Mais d'un autre côté, on lui opposoit un autre mariage du sieur Terrasson, suivi d'une cohabitation publique pendant dix-huit ans, sans réclamation de la part de Marie de la Mure : on faisoit valoir toutes les circonstances qui annonçoient que son père ne l'avoit jamais traitée qu'en bâtarde ; on en trouvoit même la preuve écrite dans son contrat de mariage. Cependant ces moyens n'ont pas paru assez décisifs contre elle ; l'arrêt cité l'a admise à prouver que ses père & mère avoient été mariés ; que leur mariage avoit été réhabilité, & que conséquemment elle étoit leur fille légitime.

SECTION SECONDE.

Des circonſtances qui peuvent prouver ou faire préſumer légalement qu'un enfant eſt né d'un mariage qui exiſte.

Quoique rien ne ſoit plus important à l'homme que la connoiſſance de ſon état, il faut avouer néanmoins qu'il n'y a rien qui lui ſoit plus caché. Sa naiſſance & ſon origine, ſa qualité de fils & de fils légitime, ſont autant de myſtères dont il ſemble que la nature lui refuſe la preuve. C'eſt en vain qu'il cherche à s'en aſſurer abſolument : perſonne, comme a dit le plus ancien des poëtes, ne peut connoître ſon père, encore moins le prouver aux autres. Ce ſeroit donc inutilement que l'on chercheroit des preuves véritables, des preuves certaines & authentiques, dans un ſujet qui n'admet tout au plus que des conjectures, des préſomptions, des probabilités. Ce qui décide de la naiſſance des hommes, n'eſt point le degré de certitude, mais le degré de vraiſemblance ; & lorſque cette vraiſemblance eſt appuyée ſur la loi, approuvée par les ſentimens des docteurs, confirmée par l'autorité des choſes jugées, elle acquiert le nom & la force de préſomption légitime, & on la conſidère, pour ainſi dire, comme une foible lueur de la vérité, qui tient lieu de lumière à ceux qui marchent dans les ténèbres.

Ainſi parloit M. d'Agueſſeau dans une cauſe où il avoit à examiner ſi l'état que reclamoit un enfant déſavoué par le mari de ſa mère, étoit vrai-

ment celui dans lequel la nature l'avoit fait naître.

Ne cherchons donc point ici de ces preuves claires & démonſtratives que la loi demande dans les matières ordinaires, & contentons-nous des préſomptions qu'elle autoriſe.

La première & la plus conſidérable eſt celle que l'on tire du mariage. Lorſque la mère eſt connue, & qu'elle eſt mariée, ſon mari eſt regardé comme le père de l'enfant qu'elle met au monde, *pater is eſt quem nuptiæ demonſtrant*, dit la loi 5, au digeſte *de in jus vocando*. Cette maxime eſt regardée comme le fondement le plus ſolide de l'état des hommes, comme le lien le plus ſacré de la ſociété ; c'eſt la religion, c'eſt la dignité du mariage, c'eſt l'honnêteté publique qui l'a dictée : mais pour diſtinguer exactement les cas auxquels on doit l'appliquer, de ceux qu'il faut au contraire excepter de ſa diſpoſition, il eſt à propos de la conſidérer ſous trois faces, c'eſt-à-dire, 1°. par rapport aux enfans nés au commencement du mariage : 2°. par rapport aux enfans conçus & nés pendant le mariage : 3°. par rapport aux enfans nés après la diſſolution du mariage.

§. I. *Des enfans nés au commencement du mariage.*

L'état d'un enfant qui naît au commencement d'un mariage, dépend de la date préciſe de ſa naiſſance : le cas où il ſe ſeroit écoulé plus de ſix mois entre la célébration & l'accouchement de la mère, eſt tout différent de celui où il n'y

auroit pas eu tant d'intervalle entre l'une & l'autre époque.

Dans le premier cas, l'enfant eſt réputé légitime, parce que les médecins ont décidé qu'un enfant peut vivre dès qu'il eſt entré dans le ſeptième mois de ſa conception. La loi 11, D. *de ſtatu hominum*, s'explique là-deſſus de la manière la plus préciſe (*).

Carpzovius en ſa juriſprudence conſiſtoriale, rapporte un jugement du conſiſtoire de Saxe, du 27 février 1635, qui déclare légitime l'enfant d'un miniſtre né dans le ſeptième mois, & ordonne au père de le reconnoître pour tel, avec défenſes de plus le troubler à l'avenir dans cet état.

Quelques-uns ont prétendu mettre une différence entre l'enfant qui naiſſoit dans le ſeptième mois, & celui qui ne voyoit le jour que dans le huitième : convenant de la légitimité du premier, ils ont ſoutenu que le ſecond devoit être regardé comme bâtard, parce que, diſoient-ils, ſi c'étoit au mariage qu'il eût du ſa conception, il n'auroit pas pu vivre. Cette erreur, dont tous les médecins ſont déſabuſés depuis long-temps, a encore occaſionné dans notre ſiècle un procès dont voici l'eſpèce.

Marie Engel, fille d'un bourgeois de Landau en Alſace, épouſa le 13 février 1713 le nommé Jean-Jacques Kintzelbach, boulanger en la même ville. Le 10 octobre ſuivant, ſept mois & vingt-

(*) *Septimo menſe naſci perfectum partum jam receptum eſt, propter autoritatem doctiſſimi viri Hyppocratis : & ideò credendum eſt eum qui ex juſtis nuptiis ſeptimo menſe natus eſt, juſtum filium eſſe.*

ſept jours après leur mariage, elle accoucha d'un fils que le mari ne voulut pas reconnoître, ſur ce qu'une ſage-femme lui avoit dit que le terme de l'accouchement devoit être juſte au ſeptième ou au neuvième mois. Son refus devint une ſource de procédures entre lui & ſa femme : enfin la cauſe portée au conſeil ſupérieur de Colmar, M. l'avocat-général de Corberon dit, que ſi jamais il y avoit eu une queſtion commune, uſée & rebattue, c'étoit celle dont il s'agiſſoit ; qu'elle avoit été propoſée tant de fois, tournée en tant de façons, & toujours décidée d'une manière ſi uniforme, qu'on ne pourroit la traiter de nouveau, ſans ſe rendre faſtidieux. Eſt-il quelqu'un, ajouta ce magiſtrat, qui ignore la maxime *pater is eſt quem nuptiæ demonſtrant* ? Pouvons-nous perdre de vue la faveur que l'on doit dans le doute à l'enfant ? Qui peut aſſurer l'appelant dans le fait particulier, que celui qu'il refuſe de reconnoître n'a point été conçu depuis ſon mariage avec l'intimée, & qu'ainſi il ne ſoit pas né dans le ſeptième mois, à compter du jour de la conception, temps auquel les Phyſiciens décident que l'enfant peut vivre. Le temps de l'accouchement, comme celui de la conception, eſt un ſecret impénétrable à tout autre qu'à l'auteur de l'univers ; c'eſt où échoue toute la prudence humaine ; c'eſt où la nature, par la bizarrerie de ſes effets, ſe joue des raiſonnemens de la philoſophie, & ſe plaît à en confondre les ſubtilités. Il n'eſt pas étonnant que ſur cette matière de ſimples préſomptions, favorables à la Légitimité, aient ſervi de règles ? De quel droit l'appelant prétend-il s'affranchir d'une loi commune à tous les temps & à toutes les nations, & ſe révolter

contre celle de toutes les maximes la plus certaine & la plus inviolable ? Pourquoi admettroit-on en sa faveur des faits dont en pareil cas la preuve a toujours été rejetée ?

Sur ces réflexions, arrêt est intervenu le 27 juin 1722, qui a ordonné que Kintelbalch reconnoîtroit pour son fils l'enfant né de son mariage ; qu'à cet effet il signeroit sur le registre des baptêmes en qualité de son père ; & qu'en conséquence il lui fourniroit ses alimens tant pour le passé que pour l'avenir.

A l'égard de l'enfant qui naît avant le septième mois de la célébration du mariage, il est certain que dans la thèse générale le mari n'est pas obligé de le reconnoître. En effet, dit M. d'Aguesseau, » si nous examinons quelle est la force & l'effet » de cette présomtion (*pater est, &c.*), nous » trouverons qu'elle ne peut jamais être entière- » ment décisive que pour ceux qui non seulement » sont nés, mais qui sont conçus dans le mariage. » La loi ne présume jamais le crime ; toujours » favorable à l'innocence, quand un même effet » peut avoir deux causes, l'une injuste, l'autre » juste & légitime, elle rejette absolument la pre- » mière, pour s'attacher uniquement à la dernière... » C'est donc le nom & la dignité du mariage, » la cohabitation publique & constante, la pré- » somption toujours favorable & à l'innocence & » à l'état des enfans, qui forment cette première » espèce de preuves. Mais de vouloir lui donner » un effet rétroactif, de prétendre qu'il suffise » d'être né dans le mariage, & que ce nom sacré » pourra servir d'un voile favorable qui couvrira » même ce qui s'est passé dans un temps où toutes » les présomptions cessoient, où l'on ne pouvoit

» alléguer encore ni la force d'un engagement » solemnel, ni la longueur d'une cohabitation » certaine, où enfin la loi ne pouvoit rien pré- » sumer d'innocent, parce que tout étoit égale- » ment coupable, ce seroit abuser manifestement » des termes de la maxime commune *pater is* » *est quem nuptiæ demonstrant*, & lui faire perdre » sa véritable application, en voulant lui donner » une étendue qu'elle n'a pas «.

Ces maximes sont conformes à la jurisprudence de tous les tribunaux. Expilly rapporte un arrêt du parlement de Grenoble de 1605, qui a jugé qu'un enfant né six mois après le mariage n'étoit pas légitime.

M. du Fief fait mention d'une sentence du 3 mars 1626, rendue en l'officialité métropolitaine de Malines, *à l'intervention de quatre ou cinq conseillers du grand conseil dont il étoit l'un*, qui déclare illégitime & incapable de succéder au mari de sa mère, un enfant dont celle-ci étoit accouchée dans le sixième mois de son mariage, quoique le mari l'eût laissé baptiser sous son nom, *pour éviter le désagrément & le blâme de sa famille.*

Il y a dans Bardet un arrêt du parlement de Paris du 21 juin 1638, par lequel un enfant né quatre mois après le mariage, a été jugé bâtard. Dans cette espèce, le mari, aussi-tôt après l'accouchement de sa femme, avoit rendu plainte & obtenu monitoires pour découvrir l'auteur de la grossesse prématurée, & la femme avoit été déclarer le nommé André Locherin. C'est ce qui a fait dire à M. l'avocat-général Bignon, portant la parole dans cette cause, que l'enfant dont il s'agissoit portoit le vice de sa naissance sur le front.

Basnage rapporte un arrêt du parlement de Rouen qui préjuge la même chose. » Une femme, » dit-il, étant accouchée deux mois après son » mariage, elle déclara dans les douleurs de son » accouchement, que son enfant n'appartenoit point » au nommé Mulot, son mari; mais qu'il étoit » des œuvres d'un nommé Carville, chez qui elle » avoit demeuré, & qui l'avoit forcée dans un » bois; & en effet elle fit porter l'enfant chez » Carville, qui mit en action Mulot pour le » faire condamner en ses intérêts, & à reprendre » son enfant. Le juge avoit reçu la femme à faire » preuve des faits de violence, & ordonné que » Carville se chargeroit par provision de l'enfant. » Sur l'appel de Carville.... par arrêt du 27 de » janvier 1682, la sentence fut cassée, & la femme » chargée de l'enfant «.

Cet arrêt juge deux points; d'abord il déclare inadmissible la preuve des faits articulés à la charge de Carville, parce qu'elle paroissoit impossible, & que d'ailleurs on ne doit régulièrement condamner un étranger à fournir la nourriture d'un bâtard, que lorsque la déclaration faite par la mère dans les douleurs de l'enfantement, est soutenue par la preuve des *familiarités* que le prétendu père a eues avec elle. En second lieu, ce même arrêt ordonne que l'enfant demeurera à la charge, non du mari, quoiqu'il fût en cause, mais de la femme, & par-là il décide que le mari n'est pas obligé de le reconnoître.

On trouve dans le recueil de Bardet un arrêt du 18 mai 1632, qui admet un mari *à prouver que l'enfant né quatre mois & demi après son mariage est du fait du maître où sa femme demeuroit servante domestique, & par provision con-*

damne ce maître à le nourrir. Le mari n'avoit intérêt de faire cette preuve, que pour charger l'ancien maître de sa femme de l'enfant dont il étoit question ; car il ne lui falloit ni titres ni témoins pour faire voir que cet enfant ne lui appartenoit pas, la prématurité de l'accouchement le prouvoit assez.

Il peut cependant se rencontrer certaines circonstances où les présomptions qui militeroient contre le mari suffiroient pour le faire juger père de l'enfant, s'il ne les détruisoit par une preuve contraire. C'est l'espèce d'un arrêt du 12 juillet *1666*, rapporté au journal des audiences. Julien Neyriet avoit épousé Mathurine Cotolleau : s'étant apperçu de sa grossesse, il l'avoit renvoyée chez ses père & mère, & là elle étoit accouchée, quatre mois après le mariage, d'un garçon qu'elle avoit fait baptiser sous le nom de Jean Neyriet, fils de Julien Neyriet & de Mathurine Cotolleau. Peu de temps après, son mari l'avoit reprise & avoit vécu avec elle plus de trente-trois ans, pendant lesquels il en avoit eu plusieurs enfans ; mais il n'avoit jamais reçu dans sa maison celui qui étoit né dans les quatre premiers mois. Après son décès, il s'éleva une contestation sur l'état de ce dernier : la cause portée à l'audience de la grand'chambre, sur l'appel interjeté par les enfans reconnus, d'une sentence qui appointoit les parties en droit, » M. » Talon a dit, que l'intimé devoit être réputé » l'enfant du défunt, parce qu'il ne suffisoit pas » que le défunt l'eût exclu de sa maison, & que » venant dans son mariage, il devoit se plaindre » en justice, faire informer, & obtenir jugement » qu'il ne seroit point réputé son fils, n'ayant » pas pu se faire justice à lui-même ; que ne de-

» meurant qu'à deux ou trois lieues du lieu où sa » femme avoit accouché, il devoit s'informer si le » baptistaire n'étoit point sous son nom; ainsi qu'il » croyoit y avoir lieu de mettre l'appellation & ce » dont étoit appel au néant, émendant, évoquant le » principal, maintenir l'intimé en la qualité d'enfant » légitime de Julien Neyriet, & en conséquence » ordonner qu'il viendroit à partage suivant la » coutume «. Ces conclusions n'ont point été suivies : par l'arrêt cité, la cour, avant faire droit, a ordonné que les parties articuleroient plus amplement leurs faits, & qu'elles en feroient preuve devant le juge des lieux; & cependant par forme de provision a adjugé à l'intimé une somme de cent livres à prendre *sur les biens de la mère seulement.*

Cet arrêt juge très-clairement, qu'un enfant né dans les six premiers mois d'un mariage ne peut pas faire valoir comme une preuve de paternité le silence que le mari de sa mère a gardé, soit par ménagement pour sa femme, soit par amour pour la paix, soit par la crainte de s'exposer à la risée du public. Dans une telle circonstance, le seul refus de recevoir l'enfant dans sa maison & de le traiter en père, forme pour le mari & ses héritiers un titre assez puissant de l'illégitimité de cet enfant.

Il seroit cependant plus sûr pour le mari de réclamer de son vivant; & s'il joignoit à sa réclamation la preuve de faits propres à rendre suspecte la conduite tenue par sa femme avant qu'il ne l'épousât, il ne pourroit manquer d'être écouté favorablement. » La cour a jugé, dit » Denizart, par un arrêt célèbre rendu en la grand'- » chambre le 12 mars 1742, que lorsque la femme

» accouche d'un enfant dont la conception se ré-
» fère nécessairement à un temps antérieur au
» mariage, le mari peut le méconnoître ; qu'il
» est recevable à prouver que l'enfant n'est point
» de lui, & que la femme vivoit alors en mau-
» vais commerce avec d'autres. Dans cette espèce,
» le sieur Bonnaffé, demeurant à Clermont-Fer-
» rand, arriva à Aurillac le 1 décembre 1736,
» pour épouser la demoiselle le Lorut, qu'il ne
» connoissoit pas encore ; & le 23 du même
» mois le mariage fut célébré. Le 28 mai 1737,
» c'est-à-dire, cinq mois quatre jours après le ma-
» riage, la dame Bonnaffé accoucha d'un enfant qui
» ne paroissoit point d'une naissance prématurée.
» Cet enfant fut méconnu par le mari ; & cette mé-
» connoissance donna lieu à la question de savoir
» si le mari pouvoit être admis à prouver le
» mauvais commerce de sa femme, antérieure-
» ment à son mariage & au temps de la con-
» ception de l'enfant qui venoit de naître. Le
» mari mourut après avoir intenté son action ;
» son héritière reprit l'instance, & fut admise à la
» preuve par sentence des juges d'Aurillac, con-
» firmée par arrêt du 12 mars 1742 «.

Nous avons dit qu'il peut se rencontrer certaines circonstances où le mari doit être présumé le père de l'enfant dont sa femme accouche dans les six premiers mois. Par exemple, dit M. d'Aguesseau, supposons qu'un jeune homme ait eu quelque familiarité suspecte avec une fille, tous deux libres, tous deux en état de s'engager dans les liens du mariage ; supposons qu'ils se marient ensuite, & que la naissance d'un fils suivant de trop près la célébration du mariage, donne lieu à une question d'état, dans laquelle il s'agisse de savoir de qui il sera présumé fils.

Si le mariage étoit antérieur au temps de la conception, la loi le donneroit au mari sans aucune difficulté, par une présomption légitime.

Si au contraire il n'y avoit jamais eu de mariage entre les deux parties, alors on chercheroit les preuves de la fréquentation ; & si ces preuves étoient concluantes, elle décideroient la question par une simple conjecture probable.

Mais s'il se trouve en même temps & une fréquentation dans le temps de la conception, & un mariage contracté dans le temps de la naissance, ne peut-on pas dire que ces deux faits réunis ensemble forment une présomption moins forte à la vérité que la première, parce qu'elle n'est pas absolument fondée sur le mariage, mais aussi beaucoup plus puissante que la seconde, parce qu'elle n'est pas appuyée uniquement sur la fréquentation, & que le mariage qui l'a suivi lui donne un degré de force, d'évidence & d'autorité à laquelle il paroît presque impossible de résister ?

Telles sont les réflexions que M. d'Agueſſeau proposoit dans une cause dont elles formoient les raisons de décider, & qu'il ne sera pas inutile de retracer ici. Le 20 janvier 1686, Alexandre de Lastre, demeurant à Amiens, a épousé Marie-Marguerite Courtois. Le 23 février 1689, une sage-femme apporta à la paroisse des deux époux un enfant âgé de trois ans. Elle déclare le jour de sa naissance, & le fait baptiser sous le nom d'Alexandre de Lastre : le mari demeure deux ans dans la paix & le silence. En 1691, la femme se pourvoit en séparation de biens ; le mari se défend ; le juge d'Amiens les appointe à faire preuve. Au milieu de l'instruction, au mois d'août

1693, le mari préſente une requête au lieutenant-criminel d'Amiens, par laquelle il expoſe qu'il y a plus de ſept années qu'il eſt marié; que depuis ce temps il n'a jamais eu d'enfant; que Marie Courtois, ſa femme, en a ſouvent témoigné du déplaiſir; que cependant il a été ſurpris d'apprendre qu'on a voulu lui en ſuppoſer un; qu'en effet il a trouvé ſur le regiſtre des baptêmes de la paroiſſe de ſaint Jacques un acte par lequel il paroît qu'on y a baptiſé un enfant ſous ſon nom; qu'on y fait naître cet enfant trois mois après ſon mariage; qu'on y donne Alexandre de la Marre pour parrein, & Marguerite Verret pour marraine; qu'on y déclare que le père étoit abſent; & comme il prétend que toutes ces énonciations ſont des calomnies & des fauſſetés inſignes, il demande permiſſion d'en informer.

Il obtient cette permiſſion; on informe. Sa femme ſe pourvoit en la cour, & demande à prouver, 1°. qu'elle eſt accouchée d'un fils trois mois après ſon mariage: 2°. qu'elle eſt accouchée dans la maiſon de ſon mari, en ſa préſence, ſous ſes yeux: 3°. que c'eſt lui qui a été chercher l'eau pour baptiſer l'enfant: qu'il a témoigné par ſes ſoins paternels qu'il en étoit le père; & qu'enfin, malgré les précautions qu'il a priſes pour cacher la naiſſance de ſon fils, la vérité a vaincu tous les obſtacles, & toute la ville a ſu & publié en même temps & la vérité de l'accouchement & l'exiſtence certaine d'un enfant.

Le mari au contraire ſoutient les mêmes faits qu'il avoit articulés par ſa plainte. Dans cet état, arrêt intervint en la tournelle le 13 août 1694, qui, pour aſſurer la vérité des faits allégués de part & d'autre, ordonne qu'il en ſera informé par le lieutenant-criminel d'Amiens.

Les informations ont été faites, & il eſt réſulté de celle de la femme, qu'Alexandre de Laſtre l'avoit connue & fréquentée aſſiduement ſix mois avant de l'épouſer ; qu'il avoit été inſtruit de ſa groſſeſſe avant cette époque ; qu'il s'en étoit même ſervi pour obtenir le conſentement de la mère ; que c'étoit ſous ſes yeux qu'elle étoit accouchée trois mois après le mariage ; qu'il avoit été lui-même chercher l'eau pour baptiſer l'enfant ; qu'il l'avoit vu emporter par ſa ſervante ; qu'il l'avoit été voir chez la nourrice ; qu'il l'avoit fait ſouvent venir chez lui ; qu'il l'avoit fait manger à ſa table ; qu'enfin il avoit conſenti qu'on le baptiſât ſolemnellement ſous ſon nom.

L'information du mari préſentoit pluſieurs faits, dont le plus important étoit que ſa femme avoit tenu pluſieurs diſcours qui faiſoient croire que le nommé Romainville étoit le père de l'enfant, & que ce Romainville avoit confirmé ſon témoignage. Mais d'abord l'état d'un enfant ne dépend point des déclarations de ſes père & mère, comme on le fera voir ci-après : 2°. la femme avoit tenu ces propos dans un temps où elle étoit irritée contre ſon mari, & où, par conſéquent, elle pouvoit pouſſer le deſir de le déshonorer juſqu'au point de ſe déshonorer elle-même : 3°. Romainville étoit lui-même offenſé de ce que ſes recherches avoient été rejetées, & de ce qu'on lui avoit préféré de Laſtre ; & d'ailleurs il s'étoit rétracté.

Sur toutes ces circonſtances, arrêt du 16 juillet 1695, conformément aux concluſions de M. d'Agueſſeau, qui ordonne à Alexandre de Laſtre de reconnoître l'enfant dont il s'agiſſoit pour ſon fils & légitime héritier.

§. II. *Des enfans conçus & nés pendant le mariage.*

C'eſt aux enfans conçus & nés pendant le mariage que s'applique dans toute ſa force la règle *pater is eſt quem nuptiæ demonſtrant.* Mais cette maxime ne forme qu'une préſomption ; la preuve qui en réſulte eſt vraiſemblable, mais elle n'eſt pas toujours vraie.

Les docteurs diſtinguent trois ſortes de préſomptions : l'une qu'ils appellent *juris & de jure*, la ſeconde qu'ils nomment ſimplement *juris*, & la troiſième qu'ils qualifient de *præſumptio hominis.* La première exclut toute preuve contraire, parce qu'elle eſt conſidérée comme la vérité même : ainſi, une ſentence paſſée en choſe jugée eſt tellement regardée comme juridique, qu'il n'eſt plus permis de l'attaquer, même en offrant d'en faire voir l'injuſtice. La ſeconde n'eſt pas aſſez forte pour exclure une preuve contraire ; mais comme elle eſt *juris*, c'eſt-à-dire, autoriſée par la loi, il faut des argumens invincibles pour la détruire. La troiſième eſt ſoumiſe à la prudence du juge ; c'eſt à lui d'en faire le diſcernement. Voyons dans laquelle de ces trois claſſes il faut mettre la préſomption que nous examinons.

Deux caractères ſont eſſentiels à une préſomption, afin qu'elle puiſſe être regardée comme excluſive de toute preuve contraire. Le premier eſt que la loi l'ait introduite ; le ſecond, que cette même loi ait établi une liaiſon néceſſaire & infaillible entre le fait que l'on connoît & celui que l'on veut prouver. Ainſi notre queſtion ſe

réduit à savoir si la présomption dont nous cherchons la nature est tout à la fois légitime & infaillible.

Que cette présomption soit légitime, c'est une vérité qu'il n'est pas permis de révoquer en doute, elle est écrite dans la loi, elle est revêtue de son autorité, elle porte un caractère que tous les docteurs & les arrêts même ont toujours respecté.

Mais est-elle nécessaire, infaillible, indubitable? Peut-elle exclure toute preuve contraire? Tout le titre *de agnoscendis liberis*, au digeste, est plein de textes qui établissent la négative. Par-tout les jurisconsultes reconnoissent que, malgré cette présomption favorable aux enfans, le père peut toujours les désavouer, pourvu qu'il puisse montrer par des preuves certaines, qu'ils sont redevables de la vie au crime de leur mère. Le silence même du père, ses reconnoissances tacites, l'omission des formalités prescrites par les sénatusconsultes, rien ne peut le priver du droit de contester l'état de celui qu'on veut lui donner pour fils.

Si uxore denuntiante se prægnantem, maritus non negaverit . . . . . sive maritus neglexerit facere quæ ex senatusconsulto debet, natum cogitur omnimodò alere, cæterùm recusare poterit filium. C'est la disposition de la loi 1, §. 14 & 15, au titre cité, & elle prouve que l'effet de la présomption dont il s'agit se termine à obliger le père, lors même qu'il a reconnu par son silence l'état de l'enfant, de lui donner des alimens par provision, mais que dans le temps même qu'il les lui fournit, il peut lui refuser la qualité de fils légitime.

Qu'elle ſorte de preuve peut-on donc oppoſer à cette préſomption ? C'eſt ce qu'il eſt aiſé d'expliquer. Nous avons déja dit que cette préſomption eſt écrite dans la loi ; de là il réſulte que l'on doit néceſſairement la regarder comme légitime, diſons même comme preſque inviolable, car on eſt ſouvent réduit à l'impoſſibilité de prouver le contraire ; &, dans le doute, la ſageſſe du légiſlateur préſume toujours en faveur de l'innocence de la mère & de l'état de l'enfant.

Cela poſé, remontons aux principes concernant la nature des preuves en général. La préſomption capable d'attaquer celle de la loi doit être écrite dans la loi même ; elle doit être fondée ſur une raiſon infaillible, pour pouvoir détruire une probabilité auſſi grande que celle qui ſert de fondement à cette preuve.

Or, on ne trouve dans tout le corps du droit que deux exceptions à la règle générale, & toutes deux ſont fondées ſur une impoſſibilité phyſique & certaine d'admettre la préſomption : elles ſont propoſées dans la loi 6, D. *de his qui ſui vel alieni juris ſunt*, qui définit ce que c'eſt qu'un fils légitime.

Filium eum definimus qui ex viro & uxore ejus naſcitur : ſed ſi fingamus abfuiſſe maritum, verbi gratiâ, per decennium, reverſum anniculum inveniſſe in domo ſuâ, placet nobis Juliani ſententia hunc non eſſe mariti filium . . . . ſed mihi videtur, quod & Scævola probat, ſi conſtet maritum aliquandiù cum uxore non concubuiſſe, infirmitate interveniente, vel aliâ cauſâ, vel ſi eâ valetudine paterfamilias fuit ut generare non poſſit, hunc qui in domo natus eſt, licet vicinis ſcientibus, filium non eſſe.

Il n'y a donc, suivant cette loi, que deux preuves contraires qui puissent être apposées à une présomption si favorable & si puissante. La longue absence du mari est la première; son impuissance, soit perpétuelle ou passagère, est la seconde : la loi n'en écoute point d'autre, & il est évident qu'il est même impossible d'en feindre d'autre, puisque tant que l'absence ni aucun autre obstacle n'aura point séparé ceux que le mariage unit, on ne présumera jamais que celui qui est le mari, ne soit pas le véritable père. C'est ce que décide encore la loi déjà cité : *Non tamen ferendum, Julianus ait, eum qui cum uxore suâ assiduè moratus, nolit filium agnoscere quasi non suum.*

Reprenons ces différens points. Nous disons d'abord que l'absence du mari fait cesser la présomption de la paternité : on sent que cette absence ne peut produire un pareil effet, à moins qu'elle ne réunisse trois caractères, savoir, la longueur, la certitude, & la continuité. C'est même l'esprit de la loi que nous venons de rapporter.

1°. Il faut qu'elle soit longue, c'est-à-dire, qu'elle ait trop duré pour que la conception de l'enfant puisse se référer à un temps qui lui soit antérieur. Par exemple, un homme quitte sa femme & s'en va dans un pays éloigné; au bout de dix ans il revient, & trouve dans sa maison un enfant âgé d'un an; il est certain qu'il ne sera point obligé de reconnoître cet enfant : on se rappelle que c'est l'espèce de la loi 6, D. *de his qui sui vel alieni juris sunt.* Sur la question de savoir quel intervalle il faut précisément entre le départ du mari & l'accouchement de la femme pour faire présumer la Légitimité ou

l'illégitimité de l'enfant né pendant l'absence du premier, voyez ce que nous disons ci-après, §. 3, à l'occasion des enfans nés après la dissolution du mariage.

2°. Il faut que l'absence soit certaine : en effet, pour peu qu'il y eût de doute sur ce point, on devroit présumer que la mère est innocente, & par conséquent que le fils est légitime. *In favorem prolis potiùs declinamus* ; c'étoit la maxime d'un grand pape (*).

3°. Il faut que l'absence soit continuelle ; car si le mari étoit revenu de temps à autre en sa maison, il est clair, par ce que nous venons de dire, qu'il n'en faudroit pas davantage pour rendre toute sa force à la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

Par la même raison, si la continuité n'étoit pas physiquement certaine, c'est-à-dire, si le mari avoit pu franchir en peu de temps la distance qui le séparoit de sa femme, & retourner avec la même promptitude dans l'endroit où il a vécu pendant son absence, les témoignages que l'on rapporteroit de la continuité de son séjour en cet endroit ne formeroient pas une preuve de l'illégitimité de l'enfant dont la naissance auroit suivi de trop près l'époque de son départ.

Le sieur de Vinantes, officier de madame, duchesse d'Orléans, prouvoit par des certificats en bonne forme, qu'il avoit servi son quartier pendant les mois d'avril, mai & juin 1689 ; & il concluoit de là, qu'un enfant dont sa femme

(*) Innocent III dans le chapitre *ex tenore*, aux décrétales *qui filii sint legitimi.*

étoit accouchée près de sept mois après son retour, étoit illégitime. M. d'Aguesseau portant la parole dans cette cause, dit que deux conditions essentielles manquoient à l'absence du mari pour faire douter de l'état du fils; la longueur de la durée & la distance des lieux dans lesquels le mari & sa femme demeuroient pendant ce temps.

» L'absence du mari, continuoit ce magistrat, » a commencé au mois de mars; elle a fini au » mois de juin. Depuis son départ jusqu'à la » naissance de l'enfant, il n'y a qu'environ dix » mois : depuis son retour il y a sept mois en- » tiers d'intervalle; dans l'un & dans l'autre cas, » les loix ont décidé qu'un enfant pouvoit naître » légitime.

» Mais qui peut assurer d'ailleurs que le sieur » de Vinantes a rendu un service si assidu pen- » dant son quartier, qu'il n'ait pas manqué un » seul jour à son devoir? Qui pourra prouver » que dans une distance aussi peu considérable » que celle de vingt lieues, il ne sera jamais » venu dans sa maison de campagne? Et sera-t- » on dépendre d'un fait de cette nature, la cer- » titude de l'état d'un enfant & sa qualité de » légitime «.

Par l'arrêt qui est intervenu sur cette contestation le 15 juin 1695, l'enfant dont il s'agissoit a été maintenu dans la qualité de fils légitime du sieur de Vinantes.

Charles de la Plissonniere demeuroit en Flandres, & Elizabeth Rouillon, sa femme, à Paris. Pendant son absence, celle-ci étoit accouchée d'une fille qu'elle avoit fait baptiser sous le nom d'un tiers. Après la mort des deux époux,

la fille prétendoit recueillir leur succession ; une sentence du châtelet jugea en sa faveur. La cause portée au parlement, M. l'avocat-général Joly de Fleury observa, » qu'on ne pouvoit presque » douter que tous les titres n'assurassent la mater- » nité d'Elizabeth Rouillon, mais qu'aussi tous » détruisoient la paternité de Charles de la Plis- » sonnierre. Mais si cela est, ajouta M. l'avocat » général, quel parti faut-il prendre? *Puer is* » *quem nuptiæ demonstrant.* Il n'y a nulle excep- » tion, s'il n'y a impossibilité physique, ou par » impuissance, ce qu'on ne peut alléguer ; ou par » absence assez longue : mais le mari a toujours » demeuré en Flandres, voisinage de Paris, où » il revenoit de temps en temps.... Par ces » considérations, M. l'avocat-général estima qu'il » y avoit lieu de mettre l'appellation au néant. » Sur ces motifs est intervenu arrêt du 29 fé- » vrier 1712, conforme aux conclusions «. (Journal des audiences, tome 6, livre 2, chapitre 7).

Il y a une espèce d'absence qui ne consiste pas tant dans la distance des lieux, que dans l'éloignement des esprits, & qui néanmoins produit le même effet que l'absence proprement dite qui réunit les trois caractères dont nous avons parlé ; c'est la séparation prononcée juridiquement entre deux conjoints pour cause d'adultère, & qui n'a point été suivie de réconciliation. Le journal des audiences nous fournit deux arrêts des 9 mai 1693 & premier décembre 1701, qui déclarent bâtards adultérins des enfans conçus depuis la séparation pour cause d'adultère, & leur fait défenses de prendre les noms des maris de leurs mères. Ils sont rapportés au tome 5, livre 1, chapitre 48, édition de 1734.

Si cependant la femme prouvoit que son mari lui a rendu visite pendant leur séparation, on déclareroit légitime l'enfant qu'elle mettroit au monde. » C'est, dit le Brun, ce que j'ai vu » juger à l'occasion d'une femme accusée d'adul- » tère, qui devint grosse pendant sa prison, & » cela sur le simple certificat d'un garçon geolier, » qui attestoit que le mari lui avoit rendu vi- » site «.

Nous avons dit que l'impuissance du mari fait cesser la présomption de paternité qui résulte du mariage. Mais il faut pour cela, dit le Brun, » que la maladie soit telle, qu'elle produise une » impossibilité physique & morale : car autre- » ment l'on présume volontiers pour l'honneur » des femmes, & l'on présuppose que la nature » a fait un effort en la personne du mari ma- » lade. . . . . J'ai vu, ajoute le même auteur, » rendre sur ces principes un arrêt à la tournelle, » le samedi 26 janvier 1664, par lequel, sans » avoir égard à l'interrogatoire d'une mère, dans » lequel elle avoit reconnu son adultère, & que » l'enfant dont il étoit question n'étoit pas de » son mari, qui d'ailleurs étoit un vieillard de » soixante-dix ans, accablé de maladies, l'on con- » firma l'état de l'enfant «.

Il ne suffit pas d'alléguer l'impuissance du mari pour faire déclarer un enfant illégitime, il faut la constater juridiquement : & comme cela n'est plus possible après la mort du mari, il est clair que ses héritiers ne peuvent attaquer de ce chef l'état d'un enfant né pendant son mariage ; c'est aussi ce qu'ont jugé plusieurs arrêts rapportés dans le dictionnaire de Brillon, au mot *impuissant*.

On trouve dans le journal des audiences un arrêt remarquable sur cette matière : » Les parties étoient de la ville du Mans ; il y avoit » treize ans qu'elles étoient mariées sans avoir » eu d'enfans : après les treize ans, la femme » fit sa plainte pardevant l'official du Mans de » l'impuissance de son mari ; l'official ordonna » qu'ils comparoîtroient l'un & l'autre, pour être » vus & visités. La visite se fit, par laquelle il » n'étoit pas certain que le nommé Nau fût impuissant : en conséquence de quoi l'official ordonna qu'ils se sépareroient pour un temps l'un » de l'autre. Ce temps étant écoulé, l'official ordonna qu'il retourneroient ensemble : quelque » temps après, la femme fait une seconde plainte » en l'officialité ; & ayant été tous deux interrogés, » le mari demeura d'accord qu'il étoit impuissant ; » & sur cette déclaration l'official prononça la » dissolution du mariage. La femme s'étant voulu » marier à un autre avec qui elle avoit hantise & » fréquentation, le frère du mari s'y opposa, » & dit qu'elle ne pouvoit se marier ; que la sentence de l'official qui a cassé le mariage n'est » pas valable ; que de fait l'impuissance sous prétexte de laquelle on avoit fait rendre la sentence » de l'official, n'étoit point véritable. La femme » soutenoit toujours que son mari étoit impuissant, » & que l'enfant qu'elle avoit étoit de celui avec » qui elle vouloit se marier. Le mari demeuroit » d'accord de son impuissance, & l'enfant disoit » qu'on ne lui pouvoit donner d'autre père, suivant cette grande règle, *is est filius quem nuptiæ demonstrant.* La cour (par arrêt du 5 juillet » 1655) condamna la femme à retourner avec » son mari, & déclara l'enfant être d'eux deux «.

Le motif de cette décision a été sans doute, que les prétendus époux avoient vécu ensemble pendant un long espace de temps, sans que la femme eût formé aucune plainte; que par conséquent on pouvoit appliquer à celle-ci le *cur tamdiù tacuit* de la décrétale *accepisti, de frigidis & maleficiatis*; que d'ailleurs la visite faite lors de la première sentence, laissoit des doutes sur l'impuissance, & que dans les cas douteux il faut toujours se déterminer pour la validité du mariage & conséquemment pour la Légitimité de l'enfant.

L'arrêt du 16 juillet 1695, rapporté dans le §. précédent, a encore jugé qu'un mari n'est pas recevable à alléguer son impuissance pour faire déclarer illégitime l'enfant qu'il a reconnu & traité comme son fils: M. d'Aguesseau observoit dans cette cause, » que le mari alléguoit par la bouche de son avocat » un fort bon moyen, s'il étoit approfondi, disant qu'il étoit impuissant, mais que cela n'avoit » été avancé qu'en l'air, & qu'il eût fallu donner » requête, pour articuler le fait plus précisément; » qu'au surplus il y avoit des témoins qui déposoient » que Delastre avoit vu sa femme long-temps » avant de l'épouser, même plus d'un an devant, » & qu'il avoit prié la mère de sa femme de la » lui donner en mariage pour la décharge de sa » conscience &c. « (Journal des audiences, tome 4, livre 10, chapitre 16.) Rien n'est souvent plus équivoque que les signes de l'impuissance: on ne doit donc pas entrer dans l'examen d'un pareil fait, lorsque le mari a donné lui-même des reconnoissances qui le détruisent. Doute pour doute, il vaut mieux s'attacher au parti le plus favorable a l'honneur de la mère & à l'état de l'enfant.

Nous avons dit que les seules exceptions à la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, sont la longue absence du mari & son impuissance. En effet, si l'on pouvoit en admettre d'autres, ce seroit certainement l'adultère de la mère, & sa déclaration de l'illégitimité de ses enfans. Or, ni l'une ni l'autre circonstance ne sont assez fortes pour déroger à cette grande maxime.

1°. Quoiqu'il puisse arriver qu'un enfant conçu dans le temps du mariage ne soit redevable de la vie qu'au crime dont sa mère est convaincue, cependant, parce qu'il peut se faire aussi qu'il la doive à l'union de la femme avec son mari, on présume toujours pour sa Légitimité, lorsque sa conception se réfère à un temps antérieur à l'accusation d'adultère. Ainsi il ne suffit pas de prouver l'infidélité de la mère, pour en conclure que le fils est illégitime. La loi s'oppose à cette conséquence injuste : *Non utique crimen adulterii quod mulieri objicitur, infanti præjudicat : cùm possit & illa adultera esse, & impuber defunctum patrem habuisse.* Ce sont les termes de la loi 11, §. 7, D. *ad legem juliam de adulteriis.*

C'est sur le fondement de ce texte qu'a été rendu l'arrêt célèbre du sieur de Vinantes dont nous avons déjà parlé & dont voici l'espèce : Le 22 mai 1690, une femme inconnue apporte un enfant dans l'église paroissiale de la Ferté-Loupiere, déclare qu'il est né trois mois auparavant, qu'il a été ondoyé, qu'il est fils de Marie de Lanne (sans nommer le père), & demande qu'on lui supplée les cérémonies du baptême; ce qui s'exécute sans l'assistance d'aucun parent : la nourrice est marraine, le bedeau parrain, & tout se passe dans le plus profond secret. La nourrice le reporte chez

elle, & il y eſt élevé avec le même myſtère. Cependant le ſieur de Vinantes, mari de la de Lanne, apprend la naiſſance clandeſtine de cet enfant, l'obſcurité de ſon baptême, le ſecret de ſon éducation. Tout cela réveille dans ſon eſprit d'anciens ſoupçons qui malheureuſement n'étoient que trop fondés; il ne ménage plus rien, il accuſe ſa femme d'adultère. Un grand nombre de témoins appuient cette accuſation, ils expliquent les faits les plus graves, la demeure ſuſpecte de la femme dans une maiſon de campagne à vingt lieues de l'endroit où ſon mari étoit attaché par ſon office, la groſſeſſe cachée aux yeux du public, l'accouchement encore plus ſecret, le ſieur Quinquet ſeul averti de la naiſſance de l'enfant, le baptême conféré par lui, ſes ſoins preſque paternels, les aveux réitérés que la mère a faits de ſa faute, & ſes déclarations contraires à l'état de ſon fils: tous ces faits obligent les juges à décréter la femme; elle ſubit une inſtruction complète, elle eſt convaincue par les preuves les plus claires; une ſentence la condamne aux peines de l'authentique, & le ſieur Quinquet à un banniſſement par contumace. Marie de Lanne interjette appel de ce jugement; il eſt confirmé par arrêt. Quelque temps après, la nourrice fait aſſigner le ſieur de Vinantes au payement de ſes ſalaires: le ſieur de Vinantes déſavoue l'enfant, & demande que le ſieur Quinquet ſoit tenu de le reconnoître. On nomme un tuteur à l'enfant pour défendre ſon état. La cauſe portée à l'audience, arrêt intervient le 15 juin 1693, ſur les concluſions de M. d'Agueſſeau, qui » maintient & garde la partie de Lamoignon » (l'enfant) en ſa qualité de fils légitime de la

» partie d'Arraut (le ſieur de Vinantes) ; con-
» damne la partie d'Arraut de traiter la partie
» de Lamoignon en ladite qualité, & de payer
» à la partie de Baudin (la nourrice) ſes ſalaires
» pour la nourriture de l'enfant dont elle a été
» chargée, & aux dépens «.

2°. Il y a long-temps, dit M. d'Agueſſeau, qu'on a demandé ſi l'on devoit regarder la déclaration du père ou de la mère, comme un jugement domeſtique toujours également déciſif, ſoit qu'il fût contraire ou favorable aux enfans. Le nom ſacré de père & de mère, & la tendreſſe que la nature leur inſpire pour leur propre ſang, ne ſembloient pas pouvoir permettre que l'on doutât de la vérité de leur ſuffrage.

Auſſi voyons-nous que chez les Grecs, ſuivant le témoignage d'Ariſtote, la déclaration de la mère étoit toujours ſuivie par les ſentences des juges : arbitre de la deſtinée de ſes enfans, elle décidoit ſouverainement de leur ſort ; & quoique chez eux l'autorité du père ne fût pas ſi grande, il paroit néanmoins qu'on y a auſſi déféré pluſieurs fois.

Les légiſlateurs Romains, ou plus ſages ou plus inſtruits par l'expérience de pluſieurs ſiècles, ont établi une maxime contraire ; & ſi nous voyons dans leurs loix que la reconnoiſſance du père eſt un grand préjugé pour aſſurer l'état de ſon fils, nous y voyons en même temps que, quelque déclaration que la mère ait faite contre l'état de ſes enfans, la vérité conſerve toujours ſes droits, & on la cherche par toutes ſortes de voies, même après le ſerment de la mère.

C'eſt ce qui eſt décidé par la loi 29, §. 1, D. *de probationibus & præſumptionibus*, où l'on

demande au juriſconſulte Scœvola, ſi une déclaration faite par une mère irritée peut nuire à ſes enfans, *an . . . . obſit profeſſio à matre iratâ facta* ? Il répond en ces termes, *veritati locum ſuperfore.*

C'eſt ce qui eſt encore établi par la loi 14, C. *de probationibus. Non nudis aſſeverationibus, nec mentitâ profeſſione (licet utrique conſentiant) ſed matrimonio legitimè concepti, vel adoptione ſolemni filii civili jure patri conſtituuntur.*

Tous les docteurs ont ſuivi unanimement cette diſpoſition. Bartole & Menochius blâment même d'ignorance deux princes d'Italie, qui, par un excès de déférence pour la déclaration de leur mère, renoncèrent à leurs états, parce qu'elle les avoit aſſurés en mourant, qu'ils n'étoient pas fils de ſon mari.

Enfin les arrêts ont tant de fois décidé cette queſtion, qu'on peut dire que ce n'en eſt plus une aujourd'hui. » Dans l'arrêt du 2 août 1649, » dit le Brun, l'on n'eut aucun égard à la dé» claration paſſée par Madeleine Berard, por» tant que l'enfant dont elle étoit accouchée n'étoit » pas de Jean Pelors ſon mari, quoique l'ac» couchement arrivé dix mois neuf jours depuis » l'abſence de Jean Pelors, rendît cette décla» ration fort vraiſemblable. . . . Il y a auſſi un » arrêt du parlement de Toulouſe, lequel eſt » rapporté par M. de Cambolas, livre 3, cha» pitre 22, qui ordonna, que nonobſtant la dé» claration de la mère, qui s'accuſoit elle-même » de s'être ſuppoſé un enfant pris à l'hôpital, » pour empêcher l'effet d'une ſubſtitution faite » à ſon mari, en cas qu'il décédât ſans en-

» fans, l'enfant dont on avoit conteſté l'état » ſeroit enterré dans le ſépulchre de la fa» mille «.

Nous ne rappellerons plus ici les arrêts déjà cités des 5 juillet 1655, 26 janvier 1664, 15 juin 1693, & 16 juillet 1695, qui ont pareillement déclaré des enfans légitimes, nonobſtant les déclarations de leurs mères qui avoient voulu les faire paſſer pour bâtards adultérins: mais nous en ajouterons deux autres qui ont également fait triompher la Légitimité des refus injuſtes & dénaturés des mères. Le premier eſt du 21 avril 1693; il eſt intervenu ſur les concluſions de M. d'Agueſſeau, & on le trouve à la ſuite du plaidoyer de ce magiſtrat; le ſecond eſt du 20 juin 1713; il a été rendu ſur les concluſions de M. Chauvelin, & il eſt inſéré dans le journal des audiences. Ces deux arrêts maintiennent des enfans déſavoués par leurs mères dans la qualité de fils légitimes d'elles & de leurs maris.

Mais ſi l'adultere & la déclaration de la mère ne ſont pas des preuves ſuffiſantes de l'illégitimité d'un enfant lorſqu'elles ſont ſéparées, ne doit-on pas au moins y ajouter plus de foi lorſqu'elles ſont réunies & même jointes à d'autres faits qui portent également l'empreinte de la vraiſemblance? On a quelquefois ſoutenu l'affirmative; mais les arrêts ont toujours proſcrit cette opinion. Dans l'eſpèce de celui du 2 août 1649, la femme étoit accouchée dix mois & neuf jours après le départ de ſon mari pour les bains de Barbotan, où il avoit paſſé un an pour ſe guérir d'une paralyſie: elle avoit paſſé une déclaration que ſon enfant étoit bâtard adultérin, & il y avoit

preuve par les informations, de l'aſſiduité qu'un jeune homme avoit eue auprès d'elle. Dans celui du 5 juillet 1655, la mère ſe déclaroit adultère; elle déclaroit hautement & en face de la juſtice, que ſon enfant n'appartenoit pas à ſon mari: celui-ci ſe prétendoit impuiſſant, & une ſentence de l'official l'avoit preſque jugé tel. Dans celui du 26 janvier 1664, la mère avoit quitté ſon mari demeurant à Pontoiſe, elle étoit arrivée ſeule à Paris, y étoit devenue groſſe, & n'étoit accouchée que onze mois après. Le mari, qui étoit d'une ſanté languiſſante, avoit rendu plainte d'adultère devant le prevôt-général de Meulan, & la femme avoit déclaré dans trois interrogatoires ſucceſſifs, qu'elle étoit coupable, & l'enfant adultérin. Dans celui du 15 juin 1693, l'abſence du mari, la préſence de l'adultère, le ſecret de la groſſeſſe de la femme, le myſtère de la naiſſance du fils, l'obſcurité de ſon éducation, les ſoins du ſieur Quinquet, les interrogatoires de la mère, le déſaveu du mari, tout ſembloit ſe réunir pour faire prononcer l'illégitimité de l'enfant; cependant on a vu que dans ces trois eſpèces la cour a embraſſé le parti de la Légitimité. Voici comme s'exprimoit là-deſſus M. d'Agueſſeau, lors du dernier arrêt. » Telles ſont les preuves qui réſultent » des informations, preuves ſi conſidérables, que » lorſqu'on les réunit, les principes même du » droit & les maximes les plus certaines paroiſ» ſent devenir douteuſes, en conſidérant un ſi » grand nombre de témoignages non ſuſpects, » qui concourent à faire préſumer que celui qui » réclame l'état de fils légitime eſt le fruit du » crime de ſa mère. N'abandonnons pourtant pas » l'autorité des ſeuls principes qui puiſſent aſſurer

» la naiſſance des hommes, & ne nous laiſſons » pas tellement frapper par cette multitude de » préſomptions, que nous donnions atteinte aux » fondemens de la ſociété civile. Ces argumens » ſont vraiſemblables; mais ils ne ſont pas invin- » cibles, &c. «.

Si les déclarations d'un père ou d'une mère ne peuvent jamais préjudicier à l'état d'un enfant, à plus forte raiſon en doit-il être de même de celles qui ſont faites par des tiers. Ainſi quand les perſonnes qui l'ont préſenté au baptême, lui auroient attribué dans l'acte un autre père que le mari de ſa mère, la règle *pater is eſt quem nuptiæ demonſtrant*, ne l'en feroit pas moins regarder comme légitime. C'eſt ce qui a été particulièrement jugé par l'arrêt cité du 29 février 1712: car la fille dont Elizabeth Rouillon étoit accouchée pendant l'abſence de Charles de la Pliſſonnierre, ſon mari, avoit été baptiſée ſous le nom de Nicolas de la Cour, avocat à Aix; & cependant elle a été déclarée fille & légitime héritière de Charles de la Pliſſonnierre. En vain objecteroit-on que ſi l'extrait baptiſtaire prouvoit qu'elle étoit fille d'Elizabeth Rouillon, il prouvoit pareillement qu'elle étoit fille de Nicolas de la Cour, & que l'on ne pouvoit pas diviſer l'acte. Cette objection ne paroît pas avoir été bien diſcutée dans la cauſe dont il s'agit; mais rien n'étoit ſi aiſé que d'y répondre. Quand il y a un mariage, pouvoit-on dire, la déclaration de maternité fait toute la ſubſtance d'un extrait baptiſtaire, parce que le mariage démontre le père, & que la paternité ſe prouve alors par la maternité même. Ainſi la demoiſelle de la Pliſſonnierre pouvoit faire ce raiſonnement: mon extrait-baptiſtaire nommant Elizabeth Rouillon

pour ma mère, il nomme par-là seul Charles de la Plissonnierre, son époux, pour mon père ; si l'on trouve ensuite un nom supposé, cette énonciation fausse est détruite d'avance & rejetée par l'acte même qui a déjà nommé virtuellement le père, de sorte que dans la précision des principes, le nom de Nicolas de la Cour est une superfluité qui ne peut pas plus nuire à mon état que si on lisoit dans l'extrait baptistaire : *une telle fille d'Elizabeth Rouillon & de Charles de la Puissonnierre son époux, & de Nicolas de la Cour.*

Tous ces détails nous mettent à portée d'apprécier avec justesse un arrêt rapporté par Denizart. Voici comme s'explique cet auteur :

Claude le Court épousa Marie le Clercq à Provins le 30 janvier 1704 ; trois mois après, ils se quittèrent : Marie le Clercq vint s'établir à Paris, où elle ne se fit connoître que sous le nom de fille ; elle se fit recevoir maîtresse couturiere, gagna beaucoup, & devint couturiere de la Reine. Claude le Court, son mari, se retira chez un parent qu'il avoit aux environs de Provins. Marie le Clercq fit connoissance avec un nommé Remi Raillart, maître d'hôtel du sieur de Villers : il paroît qu'il y avoit entre eux une liaison intime. Marie le Clercq, pendant ce temps-là, devint enceinte ; & le temps de ses couches étant proche, elle se retira chez une sage-femme, où elle accoucha le 2 de septembre 1715, d'un enfant mâle qui fut baptisé à saint Sulpice. Mais comme la sage-femme ne connoissoit point Marie le Clercq pour être femme de Claude le Court, elle s'imagina que Remi Raillart, qui lui rendoit de fréquentes visites pendant ses couches,

étoit ſon mari, & fit baptiſer l'enfant ſous le nom de Raillart & de Marie le Clercq, ſes père & mère.

Marie le Clercq étant décédée le 23 novembre 1739, le ſcellé fut appoſé ſur tous ſes effets : Francois, ſon fils, fit oppoſition au ſcellé ; il préſenta ſa requête pour que ſon extrait-baptiſtaire fût réformé, & demanda qu'à ces mots, *fils en légitime mariage de Remi Raillart*, on ſubſtituât ceux-ci, *fils en légitime mariage de Claude le Court ;* en conſéquence, il fut déclaré héritier légitime de ſa mère ; & comme le ſcellé avoit été appoſé à la requête des parens collatéraux de ſa mère, il fit aſſigner Claude le Court, pour voir déclarer commun avec lui l'arrêt qui interviendroit. Me. Boudet, ſon avocat, fondoit ſa défenſe, 1°. ſur ce que ſa partie étoit vraiment fils de Claude le Court, & ſur ce qu'on n'avoit pu trouver de Marie le Clercq, femme de Remi Raillart : 2°. il produiſoit cinq lettres adreſſées de Provins à Marie le Clercq ; l'une ſouſcrite de Guerin ſon oncle, & l'autre de Guerin ſon couſin ; & dans ces cinq lettres on faiſoit des *complimens à M. Raillart ;* ce qui prouvoit que Raillart étoit l'*ami* & non l'*époux* de Marie le Clercq : 3°. il produiſoit encore des quittances de penſions, qui portoient : » J'ai reçu de made- » moiſelle le Clercq, par les mains de.... la » ſomme de.... pour la penſion de François ſon » fils « ; ce qui prouvoit la maternité de Marie le Clerc ; & cette maternité une fois prouvée, la paternité s'enſuivoit néceſſairement, en vertu de la maxime, *pater is eſt quem nuptiæ demonſtrant.*

Me. le Maignant, avocat des héritiers collatéraux, prétendoit que la partie de Me. Boudet n'étoit

n'étoit point fils de celle qu'il réclamoit pour sa mère, puisqu'elle étoit femme de Claude le Court, au lieu que l'extrait baptistaire lui donnoit pour mère une Marie le Clercq, à la vérité, mais femme de Remi Raillart. Nous ne savons, disoit-il, quels sont nos père & mère que par nos extraits baptistaires, auxquels la foi est due; & quand il seroit vrai que Marie le Clercq seroit effectivement la mère de notre adversaire, ce ne seroit pas encore le cas d'appliquer la maxime *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, puisque Claude le Court a refusé lui-même de le reconnoître, & a demandé à prouver que ce n'étoit point son fils.

Messieurs les avocats-généraux n'étoient point à Paris quand cette cause fut plaidée; ils étoient allés avec le parlement complimenter le roi au camp de Tournai, sur la journée de Fontenoy si glorieuse pour la nation; & ce fut M. le procureur-général Joly de Fleury qui porta la parole dans cette affaire.

Ce magistrat dit que l'extrait baptistaire étoit, à la vérité, la preuve la plus authentique de notre naissance; qu'il étoit aussi quelquefois susceptible d'erreur qu'on pouvoit réformer; que le prêtre qui le dressoit n'attestoit pas que l'enfant qu'on lui présentoit fût l'enfant d'un tel & d'une telle; mais qu'il attestoit seulement qu'on lui avoit dit qu'il étoit sorti d'un tel & d'une telle; que dans l'espèce particulière, ceux qui avoient présenté l'enfant avoient pu se tromper aisément. C'étoit une sage-femme qui ne connoissoit la mère que sous le nom de la demoiselle le Clercq, & qui n'avoit jamais entendu parler de le Court son mari; le parrain & la marraine étoient un porteur de chaise & la fille d'un autre porteur qu'on avoit

pris à la porte de l'égliſe, ſans doute pour des raiſons particulières, & qui, par conſéquent, ne connoiſſoient point les parens de l'enfant : la mère, par les preuves fournies de la part de la partie de Boudet, étoit certaine, & d'ailleurs il offroit de faire preuve de pluſieurs autres faits qui l'établiroient avec encore plus de certitude ; & ainſi il ſembloit que c'étoit le cas d'appliquer la maxime *pater is eſt quem nuptiæ demonſtrant.*

D'un autre côté, ajouta M. le procureur-général, cette règle ſouffre diverſes exceptions : elle n'a pas lieu, 1°. quand le mari eſt ou impuiſſant, ou tellement éloigné, qu'il eſt impoſſible qu'il ait pu habiter avec ſa femme au temps de la conception de l'enfant : mais ce n'étoit pas là le cas d'appliquer cette exception, parce que Claude le Court avoit donné des preuves qu'il étoit puiſſant, puiſqu'il avoit eu de ſon mariage avec Marie le Clercq une fille qui s'étoit faite religieuſe. D'ailleurs, il n'y avoit qu'environ dix-huit lieues de Paris à Provins.

2°. Que cette règle n'avoit pas encore lieu, quand une impoſſibilité morale réſultoit de titre ou de préſomptions contre la paternité.

En appliquant cette ſeconde exception à l'eſpèce, on trouvoit que l'enfant n'avoit jamais demeuré ni avec ſa mère, ni avec le mari de ſa mère ; qu'il avoit même offert de prouver que cet enfant n'étoit point de lui ; ce qu'on lui auroit peut-être permis de faire, & ce qu'il auroit peut-être fait, ſi la mort ne l'avoit enlevé.

3°. Que toutes les quittances étoient données à mademoiſelle le Clercq, pour François ſon fils, & ſans qu'il ait été fait mention du nom de le Court. Jamais l'enfant n'avoit porté ce nom, on

l'avoit toujours connu ſous celui de François le Clerc. Enfin, ſur ſes concluſions eſt intervenu arrêt le lundi 31 mai 1745, par lequel la partie de Me. Boudet a été déboutée de ſa demande, condamnée en l'amende & aux dépens.

Cette déciſion eſt bien hardie, ſi elle eſt rapportée fidellement. On ne voit, dans les circonſtances retracées par l'arrêtiſte, ni impuiſſance phyſique, ni abſence ſuffiſante pour faire ceſſer la règle *pater is eſt quem nuptiæ demonſtant*; & ce ſont cependant les deux ſeules exceptions que l'on puiſſe adapter à cette règle, ſi l'on veut ſe conformer à la loi & tirer ces ſortes de queſtions de l'arbitraire. S'il nous étoit permis de haſarder une conjecture ſur l'arrêt dont il s'agit, nous dirions que Claude le Court & Marie le Clercq ne s'étoient quittés qu'après une ſentence de ſéparation de corps; dans cette hypothèſe, la cauſe ſeroit rentrée dans le cas de la ſeconde exception, & l'arrêt ne feroit que confirmer ceux des 9 mai 1693 & 1 décembre 1701, rapportés ci-devant.

§. III. *Des enfans nés aprés la diſſolution du mariage.*

Pour ſavoir ſi un enfant né après la diſſolution du mariage eſt légitime ou bâtard, il faut examiner ſi la conception peut ſe référer à un temps antérieur à cette époque, ou ſi l'on ne peut lui donner qu'une date poſtérieure. Dans le premier cas, on doit le regarder comme légitime, & dans le ſecond comme bâtard.

La loi des douze tables déclaroit illégitimes tous les enfans qui naiſſoient après le dixième mois de la diſſolution du mariage. *Decemviri in decimo*

menſe gigni hominem, non in undecimo : ce ſont les termes d'un fragment rapporté par Aulugelle en ſes nuits attiques, livre 3, chapitre 16.

C'eſt auſſi ce que décidoit la loi 3, §. 11, au digeſte *de ſuis & legitimis heredibus. Poſt decem menſes mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem.*

Mais l'empereur Adrien donna un édit par lequel il déclara, conformément à l'avis des médecins & des philoſophes de ſon temps, qu'un enfant peut naître dans le onzième mois de ſa conception, & que par conſéquent il doit être cenſé légitime lorſqu'il naît à ce terme après la mort du mari. Cet édit ne ſe trouve point dans le corps de droit ; mais il eſt rapporté par Aulugelle à l'endroit cité. Voici les paroles de cet auteur : *Quoniam decemviri in decimo menſe gigni hominem non in undecimo ſcripſiſſent, ſed divum Adrianum poſteà cauſâ cognitâ decreviſſe in undecimo quoque menſe partum edi poſſe, idque ipſum hujus rei decretum nos legimus ; in hoc decreto Adrianus ſe ſtatuere dicit requiſitis veterum philoſophorum & medicorum ſententiis.*

L'empereur Juſtinien paroît avoir adopté cette déciſion, car on le voit dans ſa novelle 39, chapitre 2, ne ſe déterminer, dans une eſpèce particulière, contre l'enfant né après la mort du mari, que parce que ſa naiſſance étoit arrivée le douzième mois, *nondùm enim completo anno, undecimo menſe perfecto peperit, ut non eſſet poſſibile dicere quia defuncto fuiſſet partus, neque enim in tantum tempus conceptionis extenſum eſt.... Undè ſancimus ſi quid tale contigerit & ante tempus luctûs peperit mulier circà terminum anni, ut indubitatum ſit ſobolem non ex priore conſiſtere matrimonio.*

Ces termes semblent faire entendre que le mari doit être regardé comme le père d'un enfant qui naît dans le onzième mois de sa mort.

Ici se placent comme d'elles-mêmes les réflexions que faisoit sur cette matière M. l'avocat-général le Nain, lors d'un arrêt du 28 juillet 1705, que nous rapporterons ci-après : » Dans » cette question, disoit-il, qui dépend entière- » ment de la nature & de ses opérations, il est » bien difficile de se régler par des loix, & » sur-tout par des loix étrangères; encore que les » loix Romaines soient regardées dans plusieurs » provinces du Royaume comme la loi muni- » cipale du pays, cependant cette autorité n'étant » fondée que sur un usage, il ne seroit pas rai- » sonnable de la faire prévaloir aux règles de la » nature, qui ne reçoit la loi de personne, & » qui au contraire soumet tout le monde à son » pouvoir.

» Les loix peuvent bien régler ce qui est ar- » bitraire aux hommes, qui, après les avoir créées, » se sont fait une première loi de s'y assujettir; » mais elles n'ont jamais pu étendre leur autorité » sur les mouvemens & les ressorts de la nature, » à qui seule appartient le droit de donner un » temps à la naissance de l'homme.

» En effet, comment seroit-il possible aux loix » d'établir une règle certaine & uniforme pour » un temps que la nature elle-même n'a pas pu » fixer, & auquel tout son pouvoir n'a pas pu » encore donner de justes bornes, puisque nous » voyons tous les jours différens accidens avan- » cer ou retarder l'accouchement des femmes?

» Cependant, comme le terme de dix mois » est le plus long terme de la grossesse des femmes

» qui n'ont point d'accidens extraordinaires, on » ne peut dans ces matières, qui sont toutes » conjecturales, établir une règle plus sûre que » celle-ci, c'est-à-dire, de déclarer illégitimes » tous les enfans nés dans l'onzième mois après » la mort de leur père, à moins que des circonf- » tances particulières ne formassent des présomp- » tions violentes en faveur de la veuve, & ne » donnassent lieu de croire que sa grossesse a été » plus longue que les grossesses ordinaires. . . . » Il faut donc convenir que les circonstances seules » du fait peuvent, dans cette question, fixer notre » incertitude, que les sentimens des philosophes » & des médecins ne font encore qu'augmenter; » car quel inconvénient n'y auroit-il point à re- » connoître pour légitimes tous les enfans qui naî- » troient après le dixième & l'onzième mois, sans » qu'il se trouvât dans le fait des circonstances par- » ticulières «.

Cette doctrine est d'un grand secours pour la conciliation des différens arrêts rendus sur cette matière. Voici d'abord ceux qui ont jugé pour l'illégitimité. Brodeau en rapporte un » donné en » la grand'chambre, au rapport de M. Loisel, le » 22 août 1626, par lequel il a été jugé, que » l'enfant né le douzième jour de l'onzième mois » après la mort du mari, n'est point présumé lé- » gitime «.

M. Bouguier entre dans de grands détails sur ce même arrêt, & dit qu'il a été rendu en thèse & sans la moindre attention aux circonstances particulières de la cause. Mais, ajoute cet auteur, les héritiers du mari ayant voulu s'en prévaloir pour faire priver la veuve de son douaire, celle-ci soutint qu'elle s'étoit comportée dans l'année du

deuil avec toute la décence & l'honnêteté poſſibles, & défia les héritiers de prouver le contraire : en conſéquence, arrêt intervint le 8 juin 1632, qui lui adjugea ſon douaire. Ces deux arrêts étant directement contraires l'un à l'autre, la fille née dans l'onzième mois prit une requête civile contre le premier, &, par arrêt du 11 mars 1651, elle fut remiſe au même état qu'elle étoit avant ce jugement ; ce qui la mit à portée de faire valoir, en faveur de ſa Légitimité, toutes les circonſtances que préſentoit la conduite irréprochable de ſa mère.

Pierre-Joſeph Geofroy, marchand à Lyon, après avoir vécu pluſieurs années dans une parfaite union avec ſa femme, diſparut tout-à-coup en janvier 1703. Au mois de novembre ſuivant, on dénonça au lieutenant-criminel, que cet homme s'étoit noyé dans le Rhône le 26 février de la même année ; ce qui fut conſtaté par une information de quatre témoins. Le 4 mars 1704 ſa veuve accoucha d'un garçon. Auſſi-tôt requête de la mère de Geofroy, à ce que cet enfant fût déclaré illégitime, étant né douze mois ſix jours après la mort du mari. La veuve mit en fait par ſes défenſes, que Geofroy avoit paru à Lyon ſur la fin de mai ou au commencement de juin 1703 ; qu'ainſi elle étoit accouchée dans le terme ordinaire de neuf mois. La mère, pour détruire ce fait, fit entendre de nouveaux témoins, qui, par leurs dépoſitions, appuyèrent par des indices frappans celles des quatre autres entendus par le lieutenant-criminel.

Sur ces procédures, ſentence du préſidial de Lyon du 31 janvier 1705, qui déclare l'enfant

illégitime, & lui fait défenſes de prendre le nom de Geofroy.

Appel en la cour par la veuve. On diſoit pour elle, qu'il n'y avoit aucune preuve que Geofroy fût mort le 26 février 1703, ni même qu'il le fût encore actuellement ; que l'information par laquelle on prétendoit prouver qu'il s'étoit noyé, étoit abſolument nulle, étant faite par le lieutenant-criminel ſur un fait purement civil.

On paſſoit enſuite à la queſtion de droit, & l'on diſoit, que quand il ſeroit prouvé que Geofroy fût mort le 26 février 1703, on ne pouvoit pas déclarer un enfant illégitime, pour être né douze mois après la mort de ſon père.

On doit toujours préſumer pour l'honneur du mariage, lorſque le fait eſt poſſible : or, il n'eſt pas extraordinaire de voir des femmes accoucher à douze & treize mois, & même au delà : la nature, toujours variée dans ſes opérations, n'a point de règle certaine pour le temps de la naiſſance de l'homme ; les évènemens imprévus venant frapper ſubitement l'imagination d'une femme, peuvent arrêter la perfection de ce grand ouvrage. Souvent un chagrin mortel, ainſi qu'une joie exceſſive, avancent ou retardent le temps ordinaire de l'accouchement ; & s'il étoit vrai que Geofroy ſe fût noyé dans le Rhône, comme l'intimée le prétend, pourroit-on douter que cette funeſte nouvelle n'eût fait ſur l'appelante le même effet que de tels accidens font ſur toutes les autres femmes ?

Par ces raiſons, on ſoutenoit que l'enfant devoit être déclaré légitime héritier de Geofroy, & en cas que la cour fît difficulté de prononcer ainſi de ſuite, on demandoit permiſſion de faire preuve, que vers la fin de mai ou au commencement de

juin 1703, Geofroy étoit revenu dans le pays & avoit été vu par plusieurs personnes, tant dans la ville de Lyon que dans le fauxbourg de la Croix-Rouge.

M. le Nain, avocat-général, proposa d'abord les réflexions que nous avons transcrites ci-dessus; les appliquant ensuite à la cause, il dit, que comme l'appelante n'alléguoit en sa faveur aucun de ces accidens extraordinaires qui ne se doivent ni suppléer, ni présumer, il n'y auroit pas eu de difficulté à déclarer illégitime l'enfant dont elle étoit accouchée le 4 mars 1704, s'il avoit été prouvé juridiquement que son mari fût mort le 26 février 1704; mais que cette preuve étant nulle de plusieurs chefs, c'étoit le cas d'en ordonner une nouvelle.

Par arrêt du 28 juillet 1705, la cour déclara la procédure faite par le lieutenant criminel de Lyon, nulle & de nul effet, renvoya les parties devant le lieutenant-général de Mâcon, pour faire preuve respective de leurs faits, & condamna l'intimée aux dépens de l'instance de Lyon, ceux de la cause d'appel réservés.

» Par cet arrêt, dit Augeard, la cour a pré-» jugé qu'un enfant né dans le treizième mois » après la mort de son père ne peut pas être » déclaré légitime; autrement il auroit été inutile » d'approfondir le fait de savoir si Geofroy étoit » mort le 26 février 1703 «.

M. Roussilhe, en son traité de la Légitime, n. 48, cite un » arrêt du parlement de Paris du » 29 juillet 1758, par lequel un enfant né douze » mois & six jours après la mort du mari a été » déclaré illégitime «.

Voyons maintenant les arrêts qui ont accordé

la Légitimité aux enfans nés après les dix mois. Boutillier en sa somme rurale, en rapporte un de l'an 1475, par lequel la cour déclara légitime une fille dont la naissance étoit postérieure d'onze mois entiers au départ de son père pour un voyage d'outre-mer, depuis lequel on ne l'avoit plus vu.

Godefroy sur la novelle 39, fait mention d'une sentence arbitrale des plus célèbres avocats de son temps, qui avoit maintenu dans la qualité de légitime un enfant dont une veuve étoit accouchée treize mois après la mort de son mari : ce qui a déterminé ce jugement, ajoute-t-il, a été la chasteté de la mère, qui avoit toujours été à l'abri de tout reproche.

On a déjà cité l'arrêt du 2 août 1649, qui déclare légitime un enfant né dix mois neuf jours après l'absence du mari, nonobstant la déclaration de la mère qui vouloit le faire passer pour bâtard adultérin.

Le journal des audiences nous en fournit un autre très-remarquable ; il est du 6 septembre 1653. Une veuve qui avoit toujours vécu d'une manière exemplaire pendant la vie de son mari, déclara aussi-tôt après sa mort, arrivée subitement, qu'elle croyoit être grosse, & se retira dans un couvent. Neuf mois après, elle sentit toutes les douleurs de l'accouchement ; mais ces douleurs se passérent, & ses couches furent retardées de deux mois. Comme sa conduite n'étoit point soupçonnée, qu'elle avoit déclaré sa grossesse aussi-tôt après la mort de son mari, & qu'elle avoit choisi pour demeure un lieu non suspect, presque toute la famille reconnut d'abord pour légitime l'enfant dont elle accoucha : un seul parent de mauvaise humeur s'avisa de lui con-

teſter ſon état ; quelques autres ſe joignirent à lui ; mais par l'arrêt cité, » la cour ſans s'arrêter » aux interventions . . . a déclaré & déclare ladite » Renée de Villeneuve fille légitime dudit défunt René de Villeneuve, & de ladite Dubois » ſes père & mère, & en ladite qualité l'a maintenue & gardée, maintient & garde en la propriété, poſſeſſion & jouiſſance de tous les biens » délaiſſés par ledit défunt ſon père «.

M. Pollet, conſeiller au parlement de Flandres, nous apprend » qu'un enfant né dans l'onzième mois de l'abſence du mari a été jugé » légitime à ſon rapport par arrêt du 8 juin » 1693 «.

§. IV. *Queſtions communes aux enfans nés dans les trois temps marqués par les paragraphes précédens.*

Tout ce que nous avons dit juſqu'à préſent au ſujet de la règle *pater is eſt quem nuptiæ demonſtrant*, ſuppoſe un fait dont la certitude venant à être conteſtée, peut devenir une ſource de nouvelles difficultés. C'eſt la maternité de l'enfant dont il s'agit de fixer l'état.

Il peut y avoir là deſſus deux ſortes de difficultés : ou ceux qui attaquent ſa légitimité ſoutiennent que la femme dont il prétend avoir reçu le jour n'eſt point accouchée dans le temps auquel ſe réfère ſa naiſſance ; ou, convenant de l'accouchement de celle qu'il nomme ſa mère, ils ſe bornent à ſoutenir qu'il n'eſt point ce même enfant qui eſt venu au monde en tel temps.

Sur le premier point, la repréſentation d'un extrait baptiſtaire écarte toute eſpèce de doute.

On ſent bien qu'il eſt poſſible de donner dans un acte de cette nature une mère ſuppoſée à l'enfant qu'on baptiſe; mais cependant, dit M. d'Agueſſeau, c'eſt la grande, allons plus loin, c'eſt preſque l'unique preuve que l'on puiſſe avoir de l'état des hommes. Qu'on renverſe cette preuve, tous les fondemens de la ſociété civile ſont ébranlés; il n'y a plus rien de certain parmi les citoyens, ſi l'on retranche cet argument. Qu'on diſe tant que l'on voudra que ce principe eſt douteux, que rien n'eſt plus facile à altérer, à diſſimuler, à changer même, que le contenu d'un extrait baptiſtaire; toutes ces réflexions ſont juſtes; mais quelque douteuſe que puiſſe être cette preuve, tout ſera encore plus douteux, ſi on ne l'admet pas, ſi on la rejette ſans des preuves convaincantes de fauſſeté.

Mais cette preuve, dit le même magiſtrat, quelque authentique & quelque légitime qu'elle puiſſe paroître, n'eſt pas néanmoins la ſeule; & comme il n'eſt pas juſte que la négligences des parens, la prévarication de ceux qui conſervent les regiſtres publics, les malheurs & l'injure des temps puiſſent réduire un homme à l'impoſſibilité de prouver ſon état, il eſt de l'équité de la loi d'accorder en tous ces cas une autre preuve qui puiſſe ſuppléer le défaut & réparer la perte des regiſtres.

Cette preuve ne peut ſe tirer que de deux ſources, ou des déclarations & reconnoiſſances des père & mère, ou de la poſſeſſion de légitimité.

Quoique des père & mère ne puiſſent pas, comme on l'a vu ci-devant, préjudicier à l'état de leurs enfans par leurs déſaveux & leurs dé-

clarations, ils peuvent néanmoins l'assurer par leur suffrage. Cette maxime, qui est due à la faveur de la Légitimité, est établie par la loi 1, §. 12, au digeste *de agnoscendis & alendis liberis*; les termes en sont très-précis : *Grande præjudicium affert pro filio confessio patris.*

Ce que nous disons d'une déclaration expresse, il faut également le dire d'une reconnoissance tacite. » Le traitement paternel, dit le Brun, & » certaines graces qui ne se font qu'à des enfans » légitimes, comme de marier un fils pour son » principal héritier, ou de l'instituer par testa- » ment, sont de fortes présomptions pour l'état » de l'enfant «.

C'est sur la force du suffrage paternel qu'est fondé un arrêt du 18 juin 1648, rapporté par Soefve, qui déclare les héritiers d'une femme non-recevables à accuser sa mémoire de suppo- sition de part, tandis que le mari étoit vivant & reconnoissoit l'enfant dont ils contestoient l'état.

La même chose a été jugée dans notre siècle par un arrêt du grand conseil dont voici l'espèce.

M. le président de Virasel s'est marié le 1 avril 1700; à peine étoit-on sorti des premiers jours de noces, que l'on a vu éclater une funeste division entre lui & la dame de Virasel. Le 7 octobre de la même année, c'est-à-dire, six mois & sept jours après la célébration du mariage, son beau-père lui écrivit que sa femme venoit d'accoucher, & que l'enfant étoit venu mort au monde. La dame de Virasel mourut au mois de novembre 1703 : un mois après, on vit paroître dans la maison de M. de Virasel une petite fille qu'il déclara être celle dont son épouse étoit ac-

couchée en 1700. M. le préſident d'Aiguille, un de ſes plus proches parens, cria à la ſuppoſition, & demanda qu'il lui fût fait défenſes de faire paſſer cet enfant pour ſa fille : » Eh quoi! » Diſoit pour lui le célèbre Cochin, un enfant » dont on a déclaré la mort dans l'inſtant même » de ſa naiſſance, dont aucun regiſtre de bap- » tême ne fait mention, qui n'a jamais été vu ni » connu par aucun parent, par aucun ami, par » aucun domeſtique, ni du père, ni de l'aïeul, » que la mère n'a jamais eu la conſolation d'em- » braſſer, on le fera revivre & on l'introduira » dans une famille illuſtre, à la faveur de deux » ou trois créatures dont toutes les loix réprou- » vent le témoignage ? Ces ſortes de reconnoiſ- » ſances peuvent ſervir au dénouement d'une » comédie trop intriguée; mais c'eſt ſe jouer de » la juſtice, que d'en vouloir faire le fondement » d'une déciſion reſpectable «. Quelque ſpécieuſe que fût cette défenſe, elle n'eut cependant aucun ſuccès. C'eſt ce que prouve une note que l'on trouve à la fin du mémoire dont eſt extrait le paſſage que nous venons de rapporter; voici comme elle eſt conçue : » Cochin perdit ſa cauſe; le » grand conſeil a maintenu la partie adverſe » en ſon état de fille légitime de M. de Vi- » raſel «.

On trouvera ci-après un arrêt du 23 mai 1765, qui prouve que la reconnoiſſance de la mère n'a pas la même force que celle du père: il eſt aiſé d'appercevoir la raiſon de cette différence. Lorſque les enfans n'ont ni extraits baptiſtaires, ni déclarations de leurs père & mère pour prouver leur filiation, la poſſeſſion publique vient à leur ſecours. On ne peut mieux en dé-

crire les effets que ne le faisoit Cochin dans la célèbre cause des Bourgelat. » De toutes les » preuves qui assurent l'état des hommes, disoit-» il, il n'y en a point de plus solide & de plus » puissante que celle de la possession publique. » L'état n'est autre chose que le rang & la place » que chacun tient dans la société générale des » hommes & dans les sociétés particulières que » la proximité du sang forme dans les familles ; » & quelle preuve plus décisive pour fixer cette » place, que la possession publique où l'on est » d'en occuper une depuis que l'on est au monde ? » Les hommes ne se connoissent entre eux que » par cette possession ; celui-ci a toujours connu » un tel pour son père, une telle pour sa mère ; » celui-là pour son frère ; les autres pour ses » cousins : il a été de même reconnu par eux, » le public a été instruit de cette relation. Com-» ment, après trente ou quarante ans, changer » toutes ces idées, détacher un homme d'une » famille dans laquelle il est, pour ainsi dire, » enraciné par tant d'actes & de reconnoissances » géminées? C'est dissoudre ce qu'il y a de plus » indissoluble ; c'est en quelque manière rendre » tous les hommes étrangers les uns aux autres. » On ne se reposera plus sur la foi publique & » sur une longue habitude de se reconnoître » dans un certain degré de parenté ; le frère se » tiendra en garde contre son frère, qui dans peu » pourra cesser de l'être, si la possession publi-» que ne le rassure plus contre de telles révolu-» tions : en un mot, c'est ébranler les fondemens » de la tranquillité publique, que de ne pas » reconnoître l'autorité de la possession publique » de l'état. Celui qui l'a en sa faveur n'est point

» obligé de remonter à d'autres preuves ; elle » tient lieu de tous les titres que les ordonnances » desirent «.

Lorsque les adversaires de l'état d'un enfant conviennent que la femme dont il se dit né est accouchée dans le temps auquel il place sa naissance, mais prétendent qu'il n'est point celui qui est venu au monde en ce temps, c'est encore à l'extrait baptistaire, aux reconnoissances des parens & à la possession publique qu'il faut recourir.

L'extrait-baptistaire est, comme nous l'avons dit, la plus sûre & la plus infaillible de toutes les preuves de l'état d'un enfant ; mais elle peut être éludée, si elle n'est soutenue par les reconnoissances des parens, par la longueur de la possession, par la connoissance que le public a du nom & de la qualité de cet enfant. En effet, comment prouvera-t-il qu'il est celui que sa mère a eu dans un certain temps, si ce n'est parce qu'il aura été élevé & connu pour ce même enfant pendant un certain nombre d'années ? L'extrait baptistaire, il est vrai, forme toujours une présomption violente en faveur de celui qui le produit ; il semble même au premier abord que cette preuve doit lui suffire, jusqu'à ce qu'on l'ait convaincu de fausseté & de suppositrion, en représentant la personne, ou en prouvant la mort de celui dont il emprunte le nom. Cependant il est d'un usage constant en pareil cas, d'ordonner des preuves ultérieures, & en cela on ne porte aucun préjudice à l'enfant, parce qu'il est presque impossible qu'il soit réduit à l'unique preuve qui résulte de son extrait baptistaire. N'y eût-il que les circonstances qui lui ont fait connoître

noître cet acte, elles doivent avoir une relation intime avec l'état qu'il réclame; &, s'il en est autrement, on doit le regarder comme un imposteur.

Ainsi dans la cause de la demoiselle Chamois, jugée par l'arrêt déjà cité du 21 avril 1693, M. d'Agueſſeau ne s'est déterminé à conclure en sa faveur, que par le concours de la possession d'état & de l'extrait baptistaire : » il peut être certain, disoit ce magistrat, qu'il y a eu une Marie-Claude Chamois baptisée sous ce nom dans » l'église de saint Gervais, fille d'Honoré Chamois » & de Jacqueline Girard, sans qu'il soit assuré » que celle qui paroît aujourd'hui sous ce nom » soit la même que celle qui l'a reçu autrefois; » & la malice d'un imposteur pourroit être assez » grande pour prendre l'extrait baptistaire aussi » bien que le nom d'une personne absente «.

La demoiselle Ferrand représentoit pareillement un extrait baptistaire ; & non seulement on convenoit que sa mère étoit accouchée d'une fille le jour daté par cet acte, mais encore on n'osoit pas soutenir que cette fille fût morte. Cependant un arrêt du 27 août 1736 a ordonné à la demoiselle Ferrand de faire preuve des faits de possession par elle articulés; & ce n'a été que sur le vu de cette preuve qu'un arrêt du 24 mars 1738 l'a maintenue définitivement dans l'état que l'on avoit voulu lui enlever.

SECTION TROISIÈME.

De la preuve des circonſtances qui établiſſent ou font préſumer juridiquement la Légitimité.

Il y a, comme on le ſait, trois ſortes de preuves, celle qui réſulte des aveux des parties, la littérale, & la teſtimoniale.

Il n'y a aucune difficulté lorſque les circonſtances qui établiſſent ou font préſumer juridiquement la Légitimité, ſont avouées par les parties, ou conſtatées par des actes en bonne forme. Dans l'un comme dans l'autre cas, les juges trouvent les faits prouvés d'une manière indubitable, & ce n'eſt que ſur le droit qu'ils ont à prononcer.

Mais lorſqu'on ne leur offre qu'une enquête teſtimoniale pour vérifier toutes les circonſtances dont on prétend faire réſulter une préſomption juridique de Légitimité, doivent-ils admettre cette eſpèce de preuve ? La négative ne ſouffre aucune eſpèce de doute dans la thèſe générale. Les juriſconſultes Romains, quoique naturellement portés à donner aux dépoſitions des témoins le même effet qu'aux actes les plus ſolemnels, regardoient cependant la preuve teſtimoniale comme inſuffiſante dans les queſtions d'état. Ils penſoient qu'il étoit dangereux de faire dépendre la deſtinée d'une famille, ſon repos, ſa ſûreté, de l'ignorance ou de la malice d'un témoin paſſionné, ſurpris ou corrompu. La loi 2, au code *de teſtibus*, nous préſente un monument bien précieux de cette doctrine. Un affranchi prétendoit être né libre & dans l'état d'ingénuité ; il

consulta l'empereur Alexandre sur la question de savoir s'il pouvoit vérifier sa prétention par témoins. Alexandre lui répondit : Défendez votre cause par tous les actes & les indices que vous avez sous la main, *defende causam tuam instrumentis & argumentis quibus potes ;* car la preuve vocale ne suffit pas seule pour établir votre ingénuité, *soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.*

Cette décision a été reçue dans nos mœurs, & elle a servi de motif à plusieurs arrêts solemnels du parlement de Paris : il y en a un du 7 mars 1641, qui déboute Marie d'Amitié de sa demande en permission de faire preuve par témoins qu'elle étoit sœur d'Elizabeth & d'Anne Roussel. On en trouve un autre du 27 mars 1659, qui juge la même chose. Il y en a un troisième dans le journal des audiences, sous la date du 12 janvier 1686 ; il a été rendu sur les conclusions de M. Talon : le plaidoyer de ce magistrat porte formellement, » que la seule preuve par témoins » n'est pas suffisante dans les questions d'état ; » que les dispositions de droit en sont formelles » & précises ; que si cette voie étoit admise, » elle seroit d'une conséquence infinie dans le » public, & il n'y auroit plus de sûreté dans les » familles «.

Le même recueil nous offre un arrêt semblable du 19 mars 1691, intervenu sur les conclusions de M. d'Aguesseau.

Il y en a un troisième du 11 mars 1735 ; nous l'avons rapporté au mot ÉTAT.

Voici l'espèce d'un quatrième. Un enfant mâle naît le 7 août 1720 au village de la chapelle près le fauxbourg Saint-Denis ; il est baptisé à

ſaint Euſtache ſous le nom de Charles-Joſeph de Rougemont, fils d'Etienne de Rougemont, officier, & de Jeanne-Michel ſa femme, demeurant à Paris, cul-de-ſac de Saint-Pierre; il eſt depuis élevé dans les penſions & au collège ſous le nom de Marie-Joſeph-Jean-Baptiſte Corrigé de la Riviere : parvenu à l'âge de 18 ans, il entre au ſervice, & reprend le nom de Rougemont. Ce jeune homme avoit toujours été placé dans les mêmes penſions & au même collège que les neveux de la dame Hatte, femme du fermier général : cette dame avoit été le voir en même temps que ſes neveux; elle lui avoit témoigné beaucoup d'amitié, lui avoit continué ſes bontés & ſes ſecours pendant qu'il étoit au ſervice, mais ſans ſe déclarer ſa mère. En 1759, le ſieur Hatte eſt attaqué d'une maladie mortelle; la dame Hatte, qui venoit de reconnoître le ſieur de Rougemont pour ſon fils, entreprend de lui concilier auſſi le ſuffrage de ſon mari; elle emploie à cette fin le curé de ſa paroiſſe & pluſieurs autres médiateurs; mais tous ſes efforts ſont inutiles; le ſieur Hatte meurt ſans avoir voulu reconnoître ni même voir le ſieur de Rougemont : il laiſſoit deux filles, les dames de Vauvray & de Vieux-Maiſons; le ſieur de Rougemont ſe pourvoit contre elles au châtelet, & demande d'être admis à faire preuve qu'il eſt leur frère légitime. L'affaire eſt évoquée aux requêtes du palais; la dame Hatte y intervient, & reconnoît le ſieur de Rougemont pour ſon fils & celui du ſieur Hatte ſon mari. La cauſe portée à l'audience, les parties y ont été appointées en droit; mais ſur l'appel interjeté par les dames de Vauvray & de Vieux-maiſons, arrêt eſt in-

tervenu en la grand'chambre le 23 mai 1765, sur les conclusions de M. Séguier, par lequel le principal a été évoqué, & le sieur de Rougemont & la dame Hatte ont été déboutés de leurs demandes, & condamnés aux dépens.

Le parlement de Rouen a rendu un arrêt semblable le 26 janvier 1734; en voici les circonstances telles qu'elles sont rapportées par Augeard. En 1725, une servante du sieur de Beuseville fit assigner le sieur de la Francardiere, gentilhomme du Roumois, pour l'obliger à la reconnoître pour sa fille & à lui donner part dans la succession de sa mère: elle allégua devant les juges des lieux plusieurs faits à la preuve desquels elle fut admise; & sur l'appel au parlement de Rouen, elle en articula encore de plus positifs.

Elle disoit, 1°. qu'elle étoit née en 1710 de la dame Gerard, épouse du sieur de la Francardiere: 2°. que sa mère, avant d'accoucher, avoit retenu pour nourrice la nommée Chevalier, sa fermière, dans la paroisse de Martinville-sur-Ry: 3°. que la dame de la Francardière étant à Rouen dans la maison du sieur Baillard, son grand-père, accoucha de l'intimée sans secours de sage femme, & en la seule présence de la servante du sieur Baillard: 4°. que la dame accouchée envoya cette servante chercher la nourrice, qui vint & emporta l'enfant, avec ordre d'avertir le curé de Martinville qu'il avoit été ondoyé; 5°. que le curé ayant su cela, ne voulut ni suppléer les cérémonies du baptême, ni en rien écrire sur son registre: 6°. que les sieur & dame de la Francardiere étoient venus plusieurs fois chez la Che-

valier pour voir l'enfant : 7°. que cet enfant s'étant bleſſé par une chûte, la dame de la Francardiere crut que la nourrice n'en avoit pas pris aſſez de ſoin, & le retira pour le mettre chez la nommée Brunel, en la paroiſſe de Blainville : 8°. que la Brunel étoit payée en bled, cidre & autres denrées qu'elle prenoit chez les ſieur & dame de la Francardiere : 9°. que l'enfant fut enſuite mis chez une autre perſonne en la paroiſſe de Salmonville, où les ſieur & dame de la Francardiere l'envoyèrent enfin chercher pour le recevoir dans leur maiſon : 10°. que là on lui fit porter le deuil de l'abbé Brice, proche parent décédé : 11°. que les ſieur & dame de la Francardiere ſe retirèrent depuis dans la paroiſſe d'Eſſettes, & emmenèrent leur fille avec eux : 12°. que cette fille étant maltraitée extraordinairement par ſa mère, ſe ſauva de la maiſon, & alla ſe mettre en ſervice chez le ſieur de Beuſeville, d'où elle paſſa chez Duperron, laboureur à Saint-Jean du Chardonnay, qu'elle quitta enſuite pour revenir chez le ſieur de Beuſeville : 15°. que ce gentilhomme étant enfin inſtruit de ſon état, alla trouver le ſieur de la Francardiere, pour l'engager à reconnoître ſa fille : 14°. que le ſieur de la Francardiere s'étant rendu, il fut convenu que la fille intenteroit ſon action, & qu'en défendant il la reconnoîtroit en cette qualité ; ce qu'il n'avoit pas fait.

La cauſe portée à l'audience, on ſoutint de la part du ſieur de la Francardiere, que la preuve teſtimoniale ne pouvoit pas être reçue, ce que l'on appuya ſur les loix Romaines, l'eſprit de nos ordonnances, & la déciſion des arrêts. Cette défenſe eut tout le ſuccès qu'elle méritoit ; la

sentence qui avoit admis les faits articulés fut infirmée, & l'intimée déboutée de sa demande avec dépens. » L'arrêt, dit Augeard, passa presque tout d'une même voix, & l'on a su de » plusieurs des juges, qu'ils avoient été déterminés par la raison, qu'il seroit d'une dangereuse conséquence d'admettre la preuve par témoins dans des espèces semblables «.

Tous ces arrêts ont été rendus contre des parties, qui, sans indices, sans présomptions, sans commencemens de preuves par écrit, vouloient faire entendre des témoins pour déposer en leur faveur : mais il ne faut pas en conclure que cette espèce de preuve soit indistinctement inadmissible dans les questions d'état ; on peut même faire voir par plusieurs textes du code & du digeste, que le droit civil l'admettoit en certaines circonstances. La loi *6*, au code *de fide instrumentorum*, assure que la Légitimité d'un enfant ne reçoit aucune atteinte par la perte des titres, *statum tuum natali professione perditâ, mutilatum non esse certi juris est.* La loi *9*, au code *de nuptiis*, est encore plus formelle; elle décide que l'enfant dont l'état n'est constaté ni par un contrat de mariage par écrit de ses père & mère, ni par une déclaration faite au moment de sa naissance dans les registres publics, ne laisse pas d'être légitime, si ses père & mère ont été mariés, & qu'il soit né d'eux au vu & su des voisins & d'autres personnes (*).

(*) Si vicinis & aliis scientibus, uxorem liberorum procreandorum causâ habuisti, & ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ sunt; non ideò minùs veritas matrimonii aut susceptæ filiæ, suam habet potestatem.

Ces dispositions ne sont pas contraires à la loi 2, au code *de testibus* : celle-ci ne rejette pas indistinctement la preuve testimoniale, & celles-là ne veulent point qu'on l'admette dans toutes sortes de circonstances ; il faut donc modifier & expliquer ces textes les uns par les autres. Dans la loi 2, au code *de testibus*, l'empereur Alexandre distingue trois sortes de preuves dans les questions d'état ; les actes, les présomptions, les témoins : *defende causam tuam instrumentis & argumentis quibus potes ; soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.* Il décide nettement que les témoins ne peuvent pas suffire pour faire une preuve certaine, lorsqu'ils sont seuls, *soli testes ;* mais il ne dit pas que leurs dépositions seront rejetées, lorsqu'elles seront soutenues ou par la foi des actes ou par la force des présomptions ; il fait même entendre très-clairement le contraire.

Il suffit donc, pour faire recevoir la preuve testimoniale, que les faits soient accompagnés d'un commencement de preuve qui fortifie & garantisse en quelque sorte la foi des témoins qu'on veut faire entendre. Il n'est pas absolument nécessaire que ce commencement de preuve soit par écrit ; il peut se rencontrer des présomptions, des indices, & certain assemblage de circonstances qui n'ont pas moins de force que les écrits, lorsque la vérité n'en est pas contestée. Ainsi le commencement de preuve qu'on requiert dans cette matière, est un adminicule quelconque tel que l'enquête venant ensuite à s'y joindre, il puisse en résulter une preuve convaincante & complète.

» Par-là, dit M. d'Agueſſeau, on concilie l'in-

» térêt du public avec celui des particuliers : l'u-
» tilité publique eſt ſatisfaite, en ce qu'on n'ad-
» met pas légèrement la preuve par témoins ; &
» les particuliers ne ſauroient ſe plaindre, puiſ-
» qu'on ne les réduit pas à l'impoſſibilité de prou-
» ver leur état, lorſque les actes qui pouvoient l'é-
» tablir ſont perdus.

» Telle eſt la diſpoſition du droit civil, à la-
» quelle nous ne voyons pas que les ordonnances,
» qui ſont notre véritable droit, aient dérogé.
» L'ordonnance de Blois & celle de 1667 ont
» à la vérité ordonné que la preuve de la naiſſance
» ſe feroit par le regiſtre baptiſtaire ; mais, en
» admettant cette eſpèce de preuve, elles n'ont
» pas exclu celle qui ſe fait par témoins : l'ordon-
» nance de 1667 l'a même permiſe en un cas, qui
» eſt un de ceux du droit civil, c'eſt-à-dire, lorſ-
» qu'on articule & que l'on prouve la perte des
» regiſtres. Elle ne dit pas même qu'elle ne ſoit
» admiſſible que dans ce ſeul cas «.

Le procès-verbal de cette ordonnance confirme ce qu'avance M. d'Agueſſeau. Un des rédacteurs y établit, que » lorſqu'il y aura des adminicules » de preuves contraires à celles qui réſultent des » regiſtres, la preuve par témoins ne pourra être » reçue «. Un autre ajoute, « qu'il y aura né-» ceſſité en beaucoup de rencontres de recevoir » cette preuve «.

Pluſieurs arrêts ont adopté ces principes ; tel eſt entre autres celui qui a été rendu le 27 août 1736 pour la demoiſellé Ferrand ; elle avoit un avantage bien rare dans ces ſortes de cas : il étoit prouvé par titres, que ſa mère étoit accouchée d'une fille légitime le jour même qu'elle prétendoit être née, & il n'y avoit pas la moindre

préſomption que cette fille fût morte. D'après cela, voici comme le célèbre Cochin établiſſoit ſa défenſe : » Quand il eſt prouvé qu'un enfant eſt » né, & qu'il n'y a aucune preuve de ſon décès, » en ſorte qu'il ne s'agit que de ſavoir ſi celui » qui ſe préſente eſt ce même enfant, non ſeu- » lement on ne peut refuſer la preuve teſtimo- » niale, mais, on l'oſe dire, c'eſt une preuve » ſouvent néceſſaire, &, pour ainſi dire, la ſeule » à laquelle on puiſſe recourir. Comment un en- » fant prouvera-t-il qu'il eſt le même que celui » que ſa mère a eu dans un certain temps, ſi ce » n'eſt parce qu'il aura été connu pour ce même » enfant pendant un certain nombre d'années, » & que s'il a été caché depuis par le concours » de certaines circonſtances, il reſte cependant » pluſieurs témoins en état de le reconnoître & » de le manifeſter à la juſtice ? De là, tant de » cauſes célèbres où la juſtice a été obligée de » déférer à la preuve teſtimoniale ſur la queſtion » de l'identité. Un enfant, en quelque âge qu'il » ſoit, ne va pas de temps en temps ſe pré- » ſenter devant des officiers publics pour vérifier » qu'il eſt toujours le même enfant ; c'eſt donc » une néceſſité abſolue de recourir ſur ce point à » la preuve teſtimoniale «.

Il y a dans le recueil d'Augeard un arrêt du 13 avril 1726, qui a admis la preuve teſtimoniale dans une eſpèce beaucoup plus douteuſe que celle dont on vient de parler. La demoiſelle de Saint-Cyr demandoit à prouver par témoins qu'elle étoit née le 8 octobre 1697 du mariage de M. le duc & de madame la ducheſſe de Choiſeul, & elle ſe fondoit ſur le commencement de preuve par écrit qui réſultoit, ſuivant elle, des

pièces qu'elle rapportoit. Ces pièces, dit Augeard, étoient, 1°. l'interrogatoire de M. le duc de la Valière, frère de la ducheſſe de Choiſeul, que la demoiſelle de Saint-Cyr prétendoit lui être favorable par l'équivoque & l'ambiguité des réponſes : 2°. un regiſtre ou livre journal de le Duc, chirurgien & accoucheur, mort depuis quelques années, où il a écrit en détail ce qui a ſuivi la naiſſance de cette fille : 3°. l'interrogatoire du chevalier de la Valiere, auſſi frère de la ducheſſe de Choiſeul, où il convenoit de ſon accouchement, & que la demoiſelle de Saint-Cyr étoit celle dont elle étoit accouchée : 4°. une lettre de la marquiſe de Tournon, ſœur de la ducheſſe de Choiſeul, dans laquelle elle parloit de la demoiſelle de Saint-Cyr & d'une affaire importante qui la concernoit : on prétendoit que cette affaire ne pouvoit être que le deſſein qu'elle avoit pris de la faire reconnoître pour fille de M. le duc & de madame la ducheſſe de Choiſeul.

Ces indices ne parurent pas ſuffiſans à M. l'avocat-général Gilbert de Voiſins, qui conclut à ce que la demoiſelle de Saint-Cyr fût déboutée de ſa demande : mais la cour en a jugé autrement ; l'arrêt cité a permis la preuve par témoins, & cette preuve ayant été faite, un ſecond arrêt du 18 juillet de la même année a déclaré la demoiſelle de Saint-Cyr fille légitime du duc & de la ducheſſe de Choiſeul.

Une obſervation qu'il ne faut jamais perdre de vue dans les cauſes de cette eſpèce, eſt que la preuve teſtimoniale ne peut jamais être admiſe que quand il s'agit de donner un état à une perſonne qui n'en a point ou qui en a un

équivoque. Toutes les fois que la preuve offerte est combattue par la preuve contraire qui résulte du titre & de la possession où est le réclamant d'un état différent de celui où il aspire, la justice doit fermer l'oreille à sa demande. Les dépositions des témoins peuvent bien suppléer à la preuve légale qui manque, mais non pas détruire la preuve légale qui existe. C'est sur ce fondement que les sieur & dame de Boudeville ont obtenu en la grand'chambre un arrêt qui déboute la dame de Bruix de sa demande à fin de permission de prouver par témoins qu'elle étoit fille du marquis & de la marquise de la Ferté. Me. Cochin, leur défenseur, convenoit que la preuve testimoniale peut être admise quand les titres & la possession se choquent & se contredisent ; dans la balance de ces preuves contraires, disoit-il, on peut, pour se déterminer, emprunter le secours de la preuve testimoniale & de tout autre genre de preuves, parce que la vérité n'étant pas marquée à ces caractères dont les loix exigent le concours, il faut se prêter à tous les éclaircissemens qui peuvent la développer. Mais il ne peut jamais se former une question sérieuse sur l'état d'un citoyen, quand les titres & la possession sont d'accord à son égard, soit que ces preuves se réunissent pour confirmer l'état qu'on lui conteste, soit qu'elles se réunissent pour l'exclure de l'état auquel il aspire.

Une question qui trouve naturellement ici sa place, est de savoir si dans le doute on doit présumer la Légitimité, & sur qui doit en retomber la preuve, lorsqu'elle est contestée.

L'article 9 du chapitre 124 des chartes générales de Hainaut, porte, que » toutes personnes

» seront tenues . . . légitimes, s'il n'appert à suffi-
» sance qu'ils soient bâtards «.

Ces termes, considérés à part & tels qu'on les présente ici, déterminent bien évidemment la présomption en faveur de la Légitimité pour toutes sortes de cas, & c'est ainsi que Dumées, page 11 de sa jurisprudence du Hainaut François, a interprété cette disposition.

Le texte cité ne décide cependant la question que pour un cas particulier. L'article 8 du chapitre 124 déclare le seigneur haut-justicier qui a tué un bâtard, déchu de son droit de bâtardise, & l'article 9 ajoute en parlant toujours de l'exercice de ce droit, que *toutes personnes seront tenues légitimes . . . s'il n'appert à suffisance qu'ils soient bâtards.* Cette décision ne s'applique donc dans l'esprit des chartes générales qu'au cas particulier où le fils réclame la succession d'un défunt à titre de bâtardise, & par conséquent la question est encore entière dans la thèse générale.

Si l'on consulte les auteurs, on les trouve très-partagés sur ce point. Les uns prétendent que dans le doute on doit présumer pour l'état de bâtard; tels sont Natta, Décius, Boïe, Alciat: les autres soutiennent que la présomption de la Légitimité doit toujours l'emporter; tels sont le cardinal Paléarte, Menochius, Balde, Fachini.

Il seroit assez difficile de prendre un parti certain entre ces deux opinions; elles sont toutes deux trop générales, vraies l'une & l'autre dans un sens, & fausses dans le sens opposé. Je m'explique.

La Légitimité peut être envisagée sous deux points de vue différens, c'est-à-dire, comme relative à l'ordre public, & comme relative à l'ordre des familles.

Conſidérée dans le premier rapport, elle exclut le fiſc du droit de ſuccéder à titre de bâtardiſe, elle rend capable de poſſéder un bénéfice, &c. Or, pour qu'elle produiſe ces effets, eſt-il toujours abſolument néceſſaire qu'elle ſoit appuyée ſur des preuves claires & indubitables? Nous ne le croyons pas, & il nous ſemble qu'elle doit être préſumée tant que le contraire n'eſt pas prouvé. Dans l'ordre public, on ne croit au crime que quand il eſt démontré : on ne doit donc pas préſumer qu'un enfant dont l'état eſt incertain ſoit né d'une conjonction illicite; une telle préſomption offenſeroit la décence & l'honnêteté publique, & bleſſeroit d'ailleurs l'intérêt de la ſociété civile; car il eſt infiniment plus avantageux à un état d'être peuplé de citoyens légitimes que de bâtards.

Le chapitre *accedens*, aux décrétales *de purgatione canonicâ*, confirme cette opinion; le pape Innocent III, qui en eſt l'auteur, y établit, qu'un homme ſur la naiſſance duquel il couroit des bruits ſcandaleux, & que l'on ne pouvoit cependant pas prouver être bâtard, ne devoit, pour être admis à la prêtriſe, que ſe purger par ſerment ſur ſa Légitimité (*).

(*) *Voici les termes de cette déciſion :*

Accedens ad præſentiam noſtram T. diaconus humili nobis inſinuatione monſtravit quòd cùm à ſuis æmulis diceretur quòd eſt filius ſacerdotis tùm eum nec promovere voluiſti, nec permiſiſti ab alio promoveri. Quo circà mandamus quatenùs ſi publicè fuerit notâ reperſus & de ipſâ tibi legitimè conſtare non poterit, purgatione ab ipſo receptâ, ipſum non differas propter hoc ad ſacerdotis officium promovere.

Ce texte, joint à l'article 9 du chapitre 124 des chartres générales de Hainaut, forme une preuve indubitable de notre première proposition, que la Légitimité considérée relativement à l'ordre public, doit se présumer dans le doute.

Cette règle s'applique sur-tout au cas où il y a une impossibilité physique & morale de recourir aux registres de baptême, comme lorsqu'il s'agit d'un enfant, qui, ayant été exposé, ne peut connoître ni le lieu, ni les auteurs de sa naissance. C'est un des paradoxes de M. Bouhier, d'avoir soutenu que les enfans trouvés sont soumis dans le doute au droit de bâtardise.

La Légitimité considérée sous le second point de vue, c'est-à-dire, dans le rapport qu'elle a avec l'ordre des familles, établit entre ceux qui en sont décorés & leurs parens, un droit réciproque de succession. Et comme il est de principe que celui qui réclame une hérédité doit fournir des preuves claires & palpables de la qualité qui lui en donne le droit, point de doute qu'il ne doive vérifier sa Légitimité ou celle des personnes du chef desquelles il fait remonter sa parenté au défunt.

Cette maxime admet cependant une exception en faveur de celui qui est dans une possession publique, constante & paisible de l'état de légitime; car il est universellement reconnu que la preuve ne doit pas retomber sur le possesseur; & cette règle n'a pas moins lieu dans les questions d'état que dans les autres matières. La loi 15, au code *de probationibus*, porte, que pour décider qui doit être chargé de prouver la liberté ou la servitude d'un homme, il faut examiner si le prétendu maître est en possession de l'esclave qu'il

réclame, ou si au contraire le prétendu esclave est en possession de la liberté. *Inquisito priùs an in possessione libertatis sine dolo malo constitutus sis, tunc etiam onus probationis quis debeat subire, per hujusmodi eventum declarabitur.* La loi 14, au digeste *de probationibus*, n'est pas moins précise : lorsqu'il est question, dit-elle, de savoir si un homme est ingénu ou affranchi, il importe de fixer les qualités de demandeur & de défendeur ; *circà cùm qui se ex libertinitate ingenuum dicet, referendum est quis actoris partibus fungatur ;* si la possession est pour l'état d'affranchi, c'est à celui qui veut sortir de cet état à prouver son ingénuité, *& si quidem in possessione libertatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere, docereque se ingenuum esse.* Mais si la possession est pour l'ingénuité, la preuve doit être imposée à celui qui conteste cette qualité. *Sin verò in possessione ingenuitatis sit, & libertinus esse dicatur, scilicet ejus qui ei controversiam movet, hoc probare debet qui eum dicit libertum suum : quid enim interest servum suum quis an libertum contendat ?*

La loi 15 du même titre fortifie la décision de ces deux textes. Elle déclare que les actes par lesquels les frères d'un défunt ont reconnu pour son héritier *ab intestat* un étranger qui en étoit réputé le fils légitime, ne forment pas, à la vérité, une fin de non recevoir capable de donner à cette personne un état qui ne lui appartient point, mais que c'est aux frères à prouver qu'elle a vraiment usurpé cet état, *Modestinus respondit cautione absoluti fideicommissi statum ejus qui probari potest à fratribus defuncti filius mortui non esse, minimè confirmatum esse. Sed hoc ipsum à fratribus probari debet.*

On

On peut ajouter à ces autorités l'article 3 du titre *des probations* de la coutume de Béarn ; & telle est la doctrine établie par M. de Corberon, procureur-général du parlement de Metz, dans son plaidoyer du 12 mars 1693. » Suivant la dis-» position du droit commun, dit ce magistrat, » c'est à celui qui avance un fait à le prouver. Cette » maxime a lieu également, soit que le fait soit » avancé par action directe ou par forme d'excep-» tion. . . . Mais la question particulière de savoir » si c'est à celui qui soutient l'honneur de sa nais-» sance à l'établir, ou si celui qui l'attaque est » obligé de la détruire, est précisément décidée » par l'empereur Dioclétien, dans une des loix » que nous venons de rapporter. Or, le mineur » dont la naissance est ici contestée, est en pos-» session de son état ; il a été élevé dans la maison » de son père jusqu'à sa mort ; son oncle, qui est » son tuteur, le reconnoît aujourd'hui pour légi-» time ; l'appelante l'a même reconnu pour tel, » & est obligée de se pourvoir contre les actes qui » contiennent sa reconnoissance. On ne peut pas » dire que cette possession soit de mauvaise foi, » puisqu'elle est fondée sur un mariage suivi » d'une cohabitation continuelle des père & mère » jusqu'à la mort de la mère. C'est donc à l'ap-» pelante à prouver la bâtardise de l'enfant dont » elle attaque l'état, & dont la Légitimité doit » subsister jusqu'à ce qu'elle justifie qu'il en doit » être déchu «.

Il paroît assez difficile de concilier avec ces principes l'arrêt du 12 juillet 1713, tel qu'il est rapporté ci-devant, section 1, d'après l'auteur de la collection de jurisprudence. Comment Jean Girard

qui étoit, suivant Denizart, depuis vingt-sept ans en possession de sa Légitimité, a-t-il pu être déclaré bâtard, *parce qu'il ne rapportoit point d'acte de célébration, ni d'extrait mortuaire de Jacques Houdoyer*, premier mari de sa mère? Sa qualité de possesseur paisible ne devoit-elle pas le dispenser de prouver que les auteurs de ses jours avoient été mariés légalement, & rejeter sur la partie adverse la charge de la preuve contraire? Le respect dû à cet arrêt ne permet pas de penser que Denizart l'ait rapporté fidellement. Si la prétendue possession de Jean Girard avoit réuni les caractères de publicité, de bonne foi & de durée, dont le concours est essentiel dans toutes sortes de matières pour produire les effets dont on vient de parler, n'en doutons point, l'état de Jean Girard auroit été confirmé.

SECTION QUATRIÈME.

Forme de la demande en déclaration de Légitimité ou de bâtardise.

Quelles sont les personnes qui ont qualité pour défendre ou contester la Légitimité d'un enfant? Dans quel temps ces sortes de contestations doivent-elles être intentées & jugées? Quels sont les tribunaux à qui en appartient la connoissance? Telles sont les trois difficultés qui nous restent à résoudre.

I. Sur la première, nous nous tairons, pour laisser parler un magistrat célèbre, M. de Corberon, procureur-général du parlement de Metz. Voici

comme il s'exprime dans le plaidoyer déjà cité ; il s'agissoit de savoir si une seconde femme est recevable à attaquer l'état d'un enfant d'un premier lit, pour conserver son douaire entier : » Il semble » d'abord qu'il n'y ait que celui qui peut disputer » aux enfans la possession des biens laissés par le » défunt, qui puisse attaquer leur état, & refuser » de les reconnoître pour Légitimes.

» Cependant la règle la plus sûre pour con- » noître si celui qui conteste l'état d'un enfant y » doit être admis, est de savoir s'il y est intéressé » en quelque manière que ce soit. En effet, la » question d'état n'a rien de particulier qui la » distingue à cet égard des autres contestations, & » qui empêche les parties intéressées de la former.

» Ainsi dans une maison illustre, entre parens » qui portent le même nom, le plus éloigné peut » agir en justice contre le fils de son parent, & » lui disputer le droit de porter le nom & les » armes de la maison, en soutenant qu'il est illé- » gitime, quoiqu'il n'ait pas le droit de lui disputer » la succession.

» C'est ainsi que sur une simple déclaration de » dépens il s'élève souvent entre étrangers des » contestations pour la qualité, qui dégénèrent en » questions d'état, & dans lesquelles celui qui est » appelant de la taxe soutient que le séjour de la » partie ne doit pas lui être taxé comme à un » gentilhomme, quoique son père fût noble, parce » qu'il est illégitime : on l'admet, en cette ren- » contre, à justifier que cette partie n'est pas légi- » time. Il faut donc voir si l'appelante a intérêt de » contester l'état du mineur que défendent les » intimés.

» Il eſt certain que l'enfant qu'elle a eu du » ſieur de Fillon étant décédé, elle n'a point de » droit à ſa ſucceſſion, & que la propriété des » biens qu'il a laiſſés ne la regarde pas; mais elle » a un uſufruit à prétendre ſur tous ces biens à » titre de douaire, en vertu de ſon contrat de » mariage : ainſi lorſque le tuteur & le cura- » rateur de ce mineur demandent en juſtice la » réduction de cet uſufruit, en vertu de l'édit des » ſecondes noces, elle a un intérêt ſenſible, pour » s'en défendre, de faire voir que cette réduction » ne peut avoir lieu, parce que ceux qui la » demandent ſont enfans illégitimes, & ne » peuvent rien prétendre à la ſucceſſion de leur » père.

» L'appelante, qui n'a point d'action pour con- » teſter l'état des enfans du premier lit de ſon » mari, peut donc le faire par forme d'exception. » La défenſe dont elle ſe ſert eſt de droit na- » turel. Il ſeroit injuſte que les enfans de ſon » mari puſſent agir contre elle, pour la faire » priver d'une partie de ſes conventions, & qu'il » ne lui fût pas permis de repouſſer leur action, en » faiſant voir qu'ils n'ont pas droit de former contre » elle cette demande.

» Il n'eſt pas nouveau de voir propoſer en » juſtice la queſtion d'état par forme d'exception. » Les Romains, qui étoient ſi ſcrupuleux ob- » ſervateurs de leurs formalités, en uſoient ainſi; » ils recevoient l'exception auſſi bien que l'action » qu'ils appeloient préjudicielle; une des princi- » pales étoit celle par laquelle on agitoit la queſ- » tion d'état, & ils la mettoient au rang des ex- » ceptions péremptoires, *quæ actionem perimunt & » extingunt* «.

C'eſt par le même principe que ſe décide la queſtion de ſavoir ſi un étranger peut être admis à ſoutenir la Légitimité d'un enfant. Voici comme la diſcute M. d'Agueſſeau, par rapport à un créancier de Jacquette de Senlis, qui prétendoit recueillir la portion à laquelle ſa débitrice auroit eu droit dans la ſucceſſion de ſon père, ſi elle avoit été légitime.

» Admettra-t-on les argumens d'un étranger » peu inſtruit de l'état d'une famille, incapable » de donner des marques certaines de la vérité » des faits qu'il avance contre le ſuffrage des » parens, contre la voix de la famille, contre » cette eſpèce de jugement domeſtique qu'elle » a prononcé ? Cependant quand on conſidère » que le titre de la dette eſt juſte, légitime, » favorable; que l'appelant eſt un créancier de » bonne foi, qui pendant que Jacquette de Senlis » étoit abandonnée par ſes parens ou prétendus » ou véritables, l'a ſecourue dans ſes longues in- » firmités; qu'il demande aujourd'hui ſon paye- » ment ſur les biens qui pouvoient appartenir à » ſa débitrice; que ces biens ſe réduiſant à une » prétention peut-être mal fondée, mais toujours » ſpécieuſe, il a voulu exercer ſes droits, & » reprendre la demande à fin de partage qu'elle » avoit intentée : que ce n'eſt pas lui qui fait » naître aujourd'hui la queſtion d'état; qu'il ſe » trouve au contraire obligé malgré lui à la ſou- » tenir, parce que les parens déſavouant tout » de nouveau Jacquette de Senlis, lui ont op- » poſé qu'elle n'étoit point de leur famille; quand » on examine toutes ces circonſtances, on ne » ſauroit trouver aucune irrégularité dans la con-

» duite de l'appelant. S'il eſt moins favorable dans » une queſtion d'état que ſa débitrice, il n'en eſt » pas moins partie légitime «.

Au reſte, ſoit pour conteſter, ſoit pour défendre l'état d'un enfant, il faut avoir un intérêt préſent & actuel; celui qui n'a qu'un intérêt douteux & incertain n'eſt point recevable. C'eſt ce qu'a jugé un arrêt rapporté en ces termes dans la collection de juriſprudence.

Le ſieur Dejean, vivant en mauvais commerce avec une demoiſelle dont il avoit eu un enfant mâle en 1714, épouſa publiquement cette même demoiſelle en 1718, le 29 mai, après avoir obſervé les formalités preſcrites. Neuf jours après ce mariage, la dame Dejean accoucha; l'enfant fut baptiſé publiquement comme légitime, & la mère, qui mourut dix-ſept jours après, fut enterrée comme femme du ſieur Dejean. Le ſieur Dejean, en paſſant à de ſecondes noces, ne parla point des premières: cependant elles n'étoient pas inconnues à ſa nouvelle épouſe, puiſque les deux enfans du premier lit étoient élevés comme légitimes. S'étant agi de les faire émanciper, la dame Dejean ſe fit autoriſer par juſtice, & imagina de demander que le premier mariage de ſon mari fût déclaré contracté *in extremis*, & qu'en conſéquence les enfans qui en étoient nés fuſſent déclarés incapables d'aucun effet civil. Les enfans ſoutinrent la dame Dejean non recevable, & ſentence intervint au châtelet, qui leur ordonna de défendre au fond. Mais ſur l'appel, arrêt eſt intervenu en la grand'-chambre le 7 mars 1735, ſur les concluſions de M. l'avocat-général Gilbert, plaidans Mes Aubry

& le Normant, par lequel la dame Dejean fut, *quant à préſent*, déclarée non-recevable. On fut ſcandaliſé de voir une femme allumer une guerre domeſtique, en élevant une conteſtation qui pouvoit n'avoir point d'objet réel. Il eſt arrivé en effet qu'il n'eſt point reſté d'enfant à la dame Dejean.

II. Il y a pluſieurs obſervations à faire par rapport au temps dans lequel doivent être intentées ou jugées les conteſtations relatives à la Légitimité.

1°. C'eſt une maxime conſtante, que ces ſortes de conteſtations ſont préjudicielles, c'eſt-à-dire, qu'elles doivent être diſcutées & jugées avant que l'on ne puiſſe paſſer aux cauſes qui en dépendent & ſur leſquelles par conſéquent elles ont une influence néceſſaire. M. le chancelier de Pontchartrain en donne un exemple dans ſa lettre du 11 juillet 1701 à M. Riquet, préſident au parlement de Toulouſe. » Si, dit-il, dans » un procès pendant aux enquêtes où les enfans » d'un défunt ſont parties, on s'aviſoit de leur » conteſter leur état, & d'interjeter appel comme » d'abus de la célébration du mariage de leur » père.... il faudroit en ce cas ſuſpendre le » jugement du procès pendant aux enquêtes, » porter l'appel comme d'abus à la grand'-chambre, » & le faire juger préalablement «.

Cette déciſion eſt fondée ſur les textes les plus précis, & notamment ſur la loi 5, §. 8, au digeſte *de agnoſcendis & alendis liberis*; elle porte, que ſi un père aſſigné en juſtice pour donner des alimens à ſon fils, refuſe de le reconnoître, le juge doit commencer par l'examen de

la queſtion d'état, & ne paſſer à celle des alimens, qu'après avoir décidé la première en faveur du fils (*).

2°. Le ſoin que prennent les loix, de l'honneur & de la dignité des familles, la protection qu'elles accordent aux impubères, & leur attention à meſurer ſur leur foibleſſe la défenſe dont elles les couvrent, ont introduit une juriſprudence aſſez ſingulière par rapport aux queſtions d'état. Quoique le tuteur ſoit chargé, pour ainſi dire, de toute la prévoyance de la loi, quoique ſon pouvoir ſoit comparé à celui d'un père & d'un maître, le préteur Carbon a cru qu'il ſeroit dangereux de faire dépendre l'état d'un impubère de la fidélité & de l'expérience de ſon tuteur, & il a décidé par un édit inſéré dans le digeſte, titre *de Carboniano edicto*, que ce jugement important devoit être réſervé à un âge plus mûr, où l'enfant, capable de ſe défendre lui-même, ne pourroit imputer le mauvais ſuccès de ſa cauſe qu'à ſa propre négligence, ou au malheur de ſon origine.

Les empereurs ont modifié cette diſpoſition. Un reſcrit d'Adrien rapporté dans la loi 3, §. 5 du titre cité, veut que l'état des impubères ſoit réglé de ſuite, lorſqu'ils auront des tuteurs propres à les défendre valablement, & que leur intérêt l'exigera ainſi.

Cette exception forme aujourd'hui la règle gé-

(*) Si vel parens neque filium idcircò que alere ſe non debere contendat, vel filius neget patrem: ſummatim judices oportet ſuper eâ re cognoſcere: ſi conſtiterit filium vel parentem eſſe, tunc ali jubebunt.

nérale, car l'édit Carbonien n'a point été adopté par nos usages. » Rien n'est plus commun, dit » M. d'Agueſſeau, que de voir agiter dans nos » tribunaux des queſtions d'état pour un mineur & » même pour un impubère; & il ſeroit au con- » traire difficile de trouver des exemples d'une » juriſprudence conforme aux loix Romaines..... » Si la qualité de fils légitime eſt établie par des » preuves ſuffiſantes, peut-on laiſſer en ſuſpens » un état qui doit être aſſuré? Et ſi au con- » traire elle eſt détruite, l'équité ne ſouffre pas » que le repos d'une famille entière ſoit expoſé » à tous les changemens de la volonté d'un mi- » neur, qui, n'ayant rien à craindre pour lui, » pourra troubler impunément la tranquillité des » autres enfans «.

Tout ce que notre juriſprudence a de particulier ſur cette matière par rapport aux mineurs, c'eſt que, pour défendre valablement à une conteſtation formée ſur leur état, il ne ſuffit pas qu'ils ſoient aſſiſtés d'un curateur aux cauſes, il leur faut un tuteur, quoiqu'ils ſoient émancipés. Le parlement de Paris l'a ainſi jugé en entérinant, par arrêt du 21 février 1692, la requête civile obtenue par Gedeon de Relincourt, contre un arrêt du 12 mai 1689, qui l'avoit déclaré illégitime. Il y a lieu de croire, diſoit M. l'avocat-général de Lamoignon, en portant la parole dans cette affaire, que le mineur n'a pas été bien défendu, » puiſque dans cette cauſe il n'y a eu » qu'un curateur, lequel ne ſe donne qu'aux » choſes, & non à la perſonne: s'agiſſant de ſon » état, c'eſt-à-dire, de la plus importante queſtion » qu'il puiſſe avoir, & qui intéreſſe le plus ſa per-

» ſonne, on a dû lui donner un tuteur *ad hoc*; » parce que, dans la plus conſidérable conteſtation » qui puiſſe être formée contre lui, il lui faut la » plus exacte défenſe «.

3°. Peut-on agiter une queſtion d'état après la mort de celui qu'elle concerne? L'affirmative eſt inconteſtable dans la thèſe générale. La loi 2, au code *de aſſertione tollendâ*, décide, que ſi une perſonne vendue comme eſclave réclame ſa liberté, & meurt avant le jugement du procès, l'action de garantie demeurera ouverte contre le vendeur, & qu'en conſéquence celui-ci devra prouver que le défunt étoit vraiment eſclave, ſinon reſtituer le prix de la vente, & dédommager entièrement l'acheteur.

La loi 13, au code *de liberali cauſâ*, porte, qu'à la vérité l'état d'une perſonne décédée ne peut faire la matière d'une action principale, mais qu'il peut être l'objet d'une conteſtation incidente, ſoit pour régler à qui doivent appartenir ſes biens, ſoit pour décider quel doit être l'état de ſes enfans.

La loi 3, au code *ne de ſtatu defunctorum poſt quinquennium quæratur*, n'eſt pas moins préciſe; c'eſt un reſcrit de l'empereur Alexandre à la nommée Olimpiade; voici comme il eſt conçu: » Quoique votre mari ſoit décédé pendant l'inſ- » truction du procès qu'il ſoutenoit ſur ſon état, » la cauſe n'eſt pas éteinte pour cela, l'émolu- » ment de la ſucceſſion fait qu'elle lui ſurvit, & » elle doit être décidée par le juge qui connoîtra de » ſon hérédité ou des effets particuliers qu'il a » laiſſés «.

Notre juriſprudence eſt conforme à ces déci-

sions. Dans la foule des arrêts que l'on pourroit en citer, on remarque principalement celui de Jacquette de Senlis. Cette fille avoit plaidé longtemps sur son état de prétendue fille légitime de Jacques de Senlis & d'Anne Baudet ; une sentence du châtelet du 13 août 1688 l'avoit déboutée de toutes ses demandes, & lui avoit fait défenses de prendre le nom de Senlis. Elle avoit interjeté appel de cette sentence, & elle étoit morte pendant l'instruction. Pierre Spavuart, son créancier, reprit l'instance, & par arrêt rendu contradictoirement avec lui le 17 mai 1691, la cour mit l'appelation au néant, conformément aux conclusions de M. d'Aguesseau,

Il y a cependant un cas où la mort de celui dont l'état est attaqué met fin au procès & confirme irrévocablement la qualité qu'on lui disputoit ; c'est lorsqu'il a obtenu une sentence en sa faveur, & qu'il est décédé avant le jugement de l'appel qui en a été interjeté par son adversaire. C'est la disposition expresse de la loi 1, au digeste *ne de statu defunctorum post quinquennium quæratur.* Voici la traduction littérale de ce texte : » Un édit de l'empereur Marc or-» donne que l'on peut appeler d'une sentence qui » déclare quelqu'un ingénu, pourvu que ce soit » pendant sa vie, & non après sa mort. Cet « édit veut même que l'appel qui auroit pu » être interjeté de son vivant, soit absolument » éteint par sa mort survenue avant le jugement » définitif (*) «.

(*) Oratione divi Marci cavetur ut si quis ingenuus

Cette loi étoit trop favorable à la Légitimité, pour que nos tribunaux négligeaſſent d'en adopter la déciſion; auſſi a-t-elle fait la règle de pluſieurs arrêts célèbres.

Le 23 août 1650 Marie-Henriette de Montebenne fit profeſſion religieuſe dans l'abbaye aux Bois; le 4 mai 1655 elle obtint un reſcrit du ſaint ſiége, pour faire déclarer ſes vœux nuls, & le 3 avril 1666 il intervint une ſentence de l'official de Noyon, qui les déclara tels. Le même jour elle épouſa le ſieur de la Chauſſée, & elle eut une fille de ce mariage : mais ſa mère ne la laiſſa pas long temps tranquille; elle ſe pourvut par appel devant l'official métropolitain de Rheims, qui confirma la ſentence de celui de Noyon. Irritée par cette ſeconde défaite, elle appela au ſaint ſiège, & obtint un reſcrit qui commettoit l'official d'Amiens. On procéda devant lui, & pendant l'inſtruction, Marie-Henriette de Montebenne décéda. En conſéquence, arrêt du 23 août 1679, qui ordonna que les parties procederoient en la cour ſur l'état de la défunte & celui de la fille qu'elle avoit laiſſée. La cauſe portée à l'audience, M. l'avocat-général Talon s'eſt attaché à faire voir que ſi l'état de Marie-Henriette de Montebenne étoit aſſuré, celui de ſa fille ne pouvoit pas recevoir d'atteinte; que la première étoit décédée après avoir obtenu deux

---

pronuntiatus fuerit, liceat ingenuitatis ſententiam retractare, ſed vivo eo qui ingenuus pronuntiatus eſt, non etiam poſt mortem. In tantùm ut etiam ſi cœpta quæſtio fuit retractationis, morte ejus extinguatur, ut eâdem oratione cavetur.

ſentences qui la déclaroient libre & capable de ſe marier, qu'ainſi l'appel de ces jugemens étoit anéanti & le procès jugé ſans retour. Il a appuyé cette conſéquence ſur la loi que nous venons de rapporter, & il a ajouté : » Quand nous propo-» ſons à la cour de s'en tenir à ce qui a été jugé » dans les officialités, nous ne propoſons pas une » maxime nouvelle. Vous l'avez déjà ſuivie dans » l'arrêt d'Aubriot (cité plus haut, ſect. 1, ſous » la date du 11 juillet 1658), dans lequel on » s'eſt conformé à la dernière ſentence de l'offi-» cialité, rendue en ſa faveur, quoiqu'il y eût eu » une ſentence précédente qui l'avoit renvoyé dans » ſon monaſtère. Il y a un autre arrêt du 18 août » 1634, rendu en la cinquième des enquêtes, » au procès du ſieur Viole d'Egremont, par lequel » on a jugé ſuivant la dernière ſentence de l'offi-» cialité, dans une queſtion de mariage, quoi-» qu'il y eût deux ſentences de chaque côté «. Sur ces raiſons, arrêt du 3 ſeptembre 1681, qui déclare l'aïeule de la demoiſelle de la Chauſſée non recevable, & maintient celle-ci dans la propriété de tous les biens meubles & immeubles de ſes aïeul & oncle maternels, *comme repréſentant Marie-Henriette de Montebenne, ſa mère.*

On pourroit oppoſer à ces déciſions la loi 5, au code *ſi pendente appellatione.* Pour bien apprécier ce texte, il faut le rapporter dans ſa langue naturelle : *Quamvis ancilla de cujus dominio diſceptabatur, & à Rectore provinciæ* CONTRA TE JUS DICTATUM FUERAT, *in fatum conceſſerit; tamen cùm appellationem ſuper eâ re interpoſitam fuiſſe, & in numero cognitionum pendere proponas, ea provocatio ſuo ordine propter peculium ancillæ audiri debet.*

Voici la réponſe que M. Talon fait à cette difficulté : » le titre *ſi pendente appellatione* eſt » dans le cas d'une perſonne qui a une ſentence » contre elle & contre ſon état, & qui a appelé » de ce jugement. Qu'on examine bien toutes » les loix de ce titre, on verra qu'elles ſont toutes » dans le cas d'un homme qui a été condamné » ou comme ſerf, ou comme une perſonne de » condition ſervile ou d'affranchi «.

Ne ſemble-t-il pas cependant que dans l'eſpèce de la loi que nous venons de tranſcrire ce n'étoit point le maître qui avoit gagné ſa cauſe en première inſtance, mais l'eſclave ? N'eſt-ce pas le ſens naturel & même néceſſaire de ces paroles, *à Rectore provinciæ contra te jus dictatum fuerat*? Quelques éditions portent *judicatum* au lieu de *jus dictatum*, & cela rend la choſe encore plus claire.

Néanmoins il n'exiſte aucune contrariété réelle entre ce texte & la loi 1, D. *ne de ſtatu defunctorum*. Les mots *quamvis ancilla de cujus dominio diſceptabatur*, inſinuent aſſez clairement que la conteſtation jugée au déſavantage de la perſonne à qui le reſcrit eſt adreſſé, ne rouloit point ſur l'état de l'eſclave, mais ſur la propriété qu'en reclamoient deux étrangers : l'eſclave étant mort pendant l'appel, on demandoit ſi la cauſe étoit éteinte, & l'empereur a répondu que non, parce que les deux contendans avoient le même intérêt à ſe diſputer le pécule du défunt, qu'ils avoient eu pendant ſa vie à ſe conteſter la propriété de ſa perſonne. Il n'y a là, comme on le voit, rien de contraire à la diſpoſition de la loi 1, D. *ne de ſtatu defunctorum*.

Quoique l'on puisse, suivant ce qu'on vient de voir, attaquer incidemment la Légitimité d'un défunt, lorsque sa mort n'a point été précédée d'une sentence favorable à son état, il y a cependant un terme après lequel cette faculté cesse. Un édit de l'empereur Nerva a mis en principe, qu'il n'est plus permis, après cinq ans depuis la mort d'une personne, d'élever des contestations sur l'état dont elle jouissoit publiquement & paisiblement au moment de son décès (*).

Cette défense ne concerne pas seulement les contestations principales, que la mort éteint toujours nécessairement, elle tombe encore sur les contestations incidentes. Ainsi le laps de cinq ans forme une fin de non recevoir même contre une prétention pécuniaire, dont la décision dépend de l'état qu'avoit le défunt (**).

Par la même raison, on ne peut pas attaquer l'état d'une personne vivante ni même celui d'une personne morte depuis un temps au dessus de cinq ans, si cette contestation doit retomber indirectement & par conséquence sur l'état d'un défunt dont la mémoire a acquis la prescription quinquennale (***).

(*) Primus omnium Divus Nerva edicto vetuit post quinquennium mortis cujusque de statu quæri. L. 4, D. *ne de statu defunctorum.*

(**) Sed & Divus Claudius Claudiano rescripsit, si per quæstionem nummarium præjudicium statui videbitur fieri, cessare quæstionem. L. 4, §. 1, D. *eod. tit.*

(***) Sed nec ejus status retractandus est qui intrà quinquennium decessit, si per hujus quæstionem præjudicium futurum est antè quinquennium mortuo. Immò nec de vivi statu quærendum est si quæstio hujus præjudicium facit ei

Cette prescription court contre le fisc & même contre les impuberes destitués de tuteurs, sans aucune espérance de restitution en entier (*).

Mais elle ne peut avoir lieu, comme nous l'avons déjà dit, qu'en faveur de celui qui est mort dans une possession publique & paisible de l'état que l'on voudroit impugner. Ainsi l'on peut encore, après les cinq ans du décès, faire décider ce point de fait par le juge (**).

Il faut cependant observer qu'un procès que l'on auroit fait au défunt pendant sa vie, &

---

qui ante quinquennium decessit : & ita Divus Adrianus constituit. L. 1, parag. 1 & 2, D. *eod. tit.* Non esse libertatis quæstionem filiis inferendam, propter matris vel patris memoriam post quinquennium à morte non retractatam, convenit. L. 2, D. *eod. tit.*

(*) De statu defunctorum post quinquennium quærere non licet, neque privatim, neque fisci nomine. L. 1, D. *eod. tit.* Nec in eâ re quæ publicam tutelam meruit, pupillis agentibus restitutionis auxilium tribuendum est, quod quinque annorum tempus, cùm tutores non haberent, excesserit. L. 2, parag. 11, D. *eod. tit.*

(**) Si is qui te heredem fecit, propter matris conditionem servus dicitur, & mater antè quinque annos litis motæ vitâ decessit, præscriptioni locus erit : cùm quæri de statu non possit, nisi de conditione matris tractetur. Hoc ita, si quandiù vixit, sine interpellatione ut civis Romana egit. L. 2, C. *eod. tit.* Si mater tua quasi ingenua communi opinione vixit & quinquennium à die mortis ejus excessit, potes rem publicam & pupillos, si tibi status quæstionem movere tentaverint, notâ præscriptione repellere. An autem pro ingenuâ in die mortis egerit, in judicio requiretur. Quòd si varietas interveniat, posteriora tempora spectari convenit. L. 6, C. *eod. tit.* Nec enim senatusconsultum quod super non retractandis defunctorum statibus sancitum est, intervenit, si defunctus in fugam conversus atque latitans decessit. L. 8, C. *eod. tit.*

qui

qui auroit été périmé avant ſa mort, n'apporteroit aucun obſtacle à la preſcription dont il s'agit (*).

Il en ſeroit de même d'une conteſtation que l'on auroit portée devant un juge incompétent (**).

Cette preſcription eſt reçue dans nos mœurs. On peut en voir les preuves dans Henrys, tome 2, livre 4, queſtion 28; dans Dunod, traité des preſcriptions, partie 2, chapitre 8, dans le code criminel de Serpillon, page 966.

Mais parmi nous, comme chez les Romains, elle n'a lieu qu'en faveur du défunt, & jamais à ſon préjudice. Ainſi lorſqu'une perſonne eſt morte dans l'état de bâtardiſe, on peut faire juger après les cinq ans qu'elle étoit légitime (***).

(*) Præſcriptio quinque annorum quæ ſtatum defunctorum tuetur ſpecie litis ante mortem illatæ non fit irrita, ſi veterem cauſam, deſiſtente qui movit, longo ſilentio finitam probetur. L. 2, parag. 2, D. *eod. tit.*

(**) Si pater tuus velut ingenuus vixit, nec ſtatus controverſiam, quaſi fiſci ſervus eſſet, apud præſidem provinciæ qui ſuper hujuſmodi quæſtionibus judicare ſolet, ſed apud procuratorem Reipublicæ non competentem judicem paſſus eſt, poſtque ejus mortem quinquennium effluxerit, ſtatus tuus ex præſcriptione quæ ex ſenatuſconſulto emanat, protectus eſt. L. 7, C. *eod. tit.*

(***) Si quidem in deteriorem conditionem quis ſtatum retractaret, ſecundùm ea quæ dixi, præſcribendum eſt. Quid ergo ſi in meliorem? veluti pro ſervo libertus dicatur; quare non admittatur? Quid enim ſi ſervus quis dicatur, quaſi ex ancillâ natus, quæ ante quinquennium mortua eſt? Quare non liceat probare liberam fuiſſe? Hoc enim & pro mortua eſt & Marcellus libro quinto de officio conſulis ſcripſit, poſſe. Ego quoque in auditorio publico idem ſecutus ſum. L. 1, parag. 4, D. *eod. tit.* Ante quinquennium

III. La queſtion de ſavoir à quels tribunaux appartient la connoiſſance des demandes en déclaration de Légitimité & de bâtardiſe, doit être diſcutée ſous deux faces, c'eſt-à-dire, & par rapport à la juriſdiction eccléſiaſtique comparée avec la juriſdiction ſéculière, & par rapport aux juges ſéculiers entre eux.

1°. Les officiaux ſont-ils compétens pour connoître de l'état d'un enfant ? Les canoniſtes font là-deſſus une diſtinction. Ou l'on conteſte la Légitimité ſur le fondement que les père & mère n'ont pas été mariés valablement, ou l'on ſe borne à ſoutenir que l'enfant n'a point reçu le jour de ceux qu'il appelle ſes père & mère.

Au premier cas, diſent-ils, la connoiſſance de la Légitimité ne peut appartenir qu'au juge eccléſiaſtique ; & ſi la queſtion en eſt propoſée incidemment devant un juge laïque, il doit la renvoyer à l'official, & ſurſeoir la déciſion du principal juſqu'à ce qu'elle ſoit jugée. C'eſt en effet la diſpoſition expreſſe du chapitre 3, *de ordine conditionum* (*), & du chapitre

---

defuncti ſtatus honeſtior qui mortis tempore fuiſſe exiſtimabitur, vindicari non prohibetur. Idcircò etſi quis in ſervitute moriatur, poſt quinquennium liber deceſſiſſe probari poteſt. L. 3, D. *eod. tit.*

(*) Tuam non credimus latere prudentiam cauſam natalium reginæ Cypri ad examen noſtrum, ut potè quæ ad forum eccleſiaſticum pertinet, eſſe delatum. Undè claræ memoriæ Philippum, regem Francorum, patrem tuum litteris noſtris curavimus præmonere, ut ſi forſitan in reginâ ipſâ ſuper ſucceſſione comitatûs Campaniæ, queſtionem proponeret coram eo, non audiret eandem quouſque terminata eſſet prædicta cauſa natalium, ex quâ illa noſcitur dependere, &c.

7, *qui filii sunt legitimi* (*), aux décrétales.

Au second cas, tous les docteurs conviennent que le juge laïque est compétent pour connoître de l'état des personnes.

Cette distinction étoit autrefois suivie en France; témoin ce que nous avons dit au commencement de cet article au sujet des enfans du roi Philippe-Auguste, & de ceux de Marguerite, comtesse de Flandres. Nous en avons une autre preuve plus récente dans un arrêt du 4 juin 1565, rapporté par un aditionnaire de Papon, qui renvoie à l'official la connoissance d'une demande en déclaration de Légitimité, fondée sur un mariage dont la validité n'étoit pas reconnue.

Mais depuis la jurisprudence a changé, & c'est aujourd'hui une maxime constante dans le royaume, que le juge laïque ne doit souffrir en aucun cas que l'on se pourvoie devant un official pour faire décider la question de savoir si un enfant est légitime ou bâtard. C'est la remarque de Dumoulin sur le chapitre 5, aux décrétales *qui filii sunt legitimi*: *hodie in hoc regno indistinctè judex secularis cognoscit, nec fit remissio ad ecclesiam.*

On juge de même dans la partie des Pays-

(*) Causam quæ inter R. & F. super eo quòd mater dicti R. dicitur non fuisse de legitimo matrimonio nata, agitari dignoscitur, vobis committimus terminandam .... fraternitati vestræ mandamus, quatenùs regi possessionem judicium relinquentes, de causâ principali, videlicet utrùm mater dicti R. de legitimo sit matrimonio nata, plenius cognoscatis, & causam hujusmodi terminetis.

Bas Autrichiens qui n'ont pas de loi particulière sur ce point. C'est ce que prouve un arrêt du grand conseil de Malines, rapporté dans les termes suivans par M. Dulauri : » Charles-Philippe de la Motte, écuyer, secrétaire du grand » conseil, ayant été condamné de payer à N. » de la Motte sa fille, pour alimens, la somme » de 70 florins par an en quatre payemens égaux » de trois mois en trois mois, ladite fille fit une » nouvelle instance à son père, & représenta » qu'il lui avoit reproché qu'elle étoit bâtarde, » notoirement à dessein de la priver de sa suc- » cession, & conclut à ce que par sentence elle » fût déclarée enfant légitime de son père, d'au- » tant que sa mère avoit été effectivement ma- » riée audit Charles-Philippe de la Motte... » La cause étant contestée pardevant le grand » conseil, le père soutint que la connoissance » de la matière étoit privativement de la com- » pétence du juge d'église.... & sur ce fon- » dement requiert le renvoi pardevant le juge » d'église. La cour, par arrêt du 28 février 1711, » rejeta le congé de cour (ou déclinatoire) pro- » posé par le père «.

Le diocèse de Liege, qui s'étend en partie dans les Pays-Bas François, a là-dessus une jurisprudence différente. Un concordat passé le 10 mars 1541 entre l'empereur Charles-Quint & l'évêque de Liége, adapte formellement à ce diocèse la distinction établie par les canonistes entre les contestations de cette nature qui dépendent de la validité du mariage, & celles qui roulent uniquement sur la filiation. L'article 2 du titre 1 porte : *Quoad fœdus matrimoniorum, item*

an quis sit legitimus, item de divortio inter conjuges celebrando, vel non, solius judicis ecclesiastici erit cognitio, etiamsi quæstio Legitimitatis vel illegitimitatis aut fœderis matrimonialis inciderit coràm judice sæculari, quo casu judex sæcularis superfedere tenebitur, & hunc articulum tanquam spiritualem ad judicem ecclesiasticum per eum infrà anni spatium terminandum relinquere.

L'article 6 ajoute, que l'official ne pourra connoître *de filiatione cùm est quæstio inter laïcos de mero facto, an talis sit filius, vel non.*

En Allemagne, les consistoires des protestans sont également en possession de connoître de la Légitimité des enfans. Cet usage a fait naître la question de savoir si les consistoires d'Alsace ont conservé à cet égard la même autorité qu'ils avoient sous la domination impériale. Le consistoire de Landau est intervenu, pour soutenir l'affirmative, dans la cause jugée par l'arrêt du 27 juin 1722, rapporté ci-devant, section 2, §. 1. Mais M. de Corberon, avocat-général du conseil supérieur de Colmar, a fait voir que ce système ne pouvoit être toléré dans une province Françoise. Voici comme il s'est expliqué sur cette matière importante.

» Par le traité de Passau du 2 août 1552, » les droits épiscopaux furent accordés aux états » protestans; par les traités de Munster & d'Os» nabruck de l'année 2648, celui de Passau fut » confirmé en tous ses points à l'égard des su» jets, tels que la ville de Landau, l'une des dix » qui furent cédées au roi, à la charge d'y laisser » la religion protestante dans l'état qu'elle étoit » en 1624 : or, en 1624, le luthéranisme rég-

» noit dans la ville de Landau, & dès-lors il y » avoit dans cette ville un consistoire qui étoit » en possession d'exercer sa juridiction, conformément à l'usage généralement reçu dans les » autres états protestans d'Allemagne.

» Mais lorsque le roi a promis par le traité » de Munster de maintenir la religion protestante » sur le pied qu'elle étoit en 1624, & que, par » l'édit de création du conseil d'Alsace du mois » de septembre 1657, il a ordonné à cette compagnie de juger les peuples de cette province » suivant leurs anciens usages, il n'a point entendu déroger aux maximes fondamentales de » son état, dont une des principales est de ne » pas souffrir les entreprises de la juridiction » ecclésiastique sur la juridiction séculière.

» Il n'en faut pas d'autre preuve que l'établissement des appels comme d'abus introduits » dès la naissance de cette compagnie par les » arrêts du 3 mars & du 27 mai 1659, sur les » conclusions de M. Colbert, lors procureur-général, par lesquels les juges ecclésiastiques furent » dépouillés de la possession où ils étoient sous » la maison d'Autriche, d'abuser de temps en » temps de leur juridiction.

» Cet établissement des appels comme d'abus » est un argument invincible contre l'objection » que l'on fait à l'appelant, que par les chapitres 5 & 7 du titre des décrétales *qui filii* » *sunt legitimi*, & par le chapitre 3 du titre » *de ordine cognitionum*, le droit canon attribue » au juge d'église la connoissance de la Légitimité d'un enfant; car dès que l'on proscrit » comme abusives certaines maximes que l'ap-

» pelant soutient être suivies dans les officialités » d'Allemagne, comme par exemple, celle qui » permet aux officiaux de connoître des matières » réelles, il s'ensuit que ce moyen d'identité ne » peut être allégué par ceux de la confession » d'Ausbourg, puisqu'il n'y a pas plus de contra- » vention aux traités en réformant leur juridic- » tion à cet égard, qu'il n'y en a eu en réfor- » mant celles des juges ecclésiastiques de notre » communion . . . . «.

Sur ces raisons, est intervenu l'arrêt cité, qui *fait défenses aux intervenans de connoître à l'avenir de l'état des enfans & des alimens.*

2°. Quels sont dans l'ordre de la juridiction séculière les tribunaux qui doivent connoître de la Légitimité ? Il faut distinguer si elle est attaquée sur le fondement d'un défaut radical dans le mariage des père & mère, ou si elle est combattue par d'autres moyens.

Dans la première hypothèse, l'appel comme d'abus est la seule voie que l'on puisse prendre ; car il n'est pas possible de faire déclarer bâtard un enfant né d'un mariage qui subsiste ; pour détruire la Légitimité dans cette espèce, il faut l'attaquer jusques dans sa source, & alors les cours souveraines sont seules en droit d'en connoître. On n'excepte pas même de cette règle les contestations qui s'éleveroient incidemment à ce sujet dans un tribunal incompétent pour juger un appel comme d'abus, parce que dans ces sortes de matières l'incident se transforme en principal. Voyez la lettre de M. de Pontchartrain, citée plus haut, elle est tapportée en entier au mot Abus.

Dans la seconde hypothèse, il faut sous-distin-

guer si la question d'état est proposée principalement ou incidemment. Quand elle est proposée principalement, c'est au juge domiciliaire de la personne qui en est l'objet, à en prendre connoissance. Cela résulte des loix 1 (*), 3 (**) & 4 (***), C. *ubi causa status agi debeat.*

Lorsque la question d'état est proposée incidemment, elle doit régulièrement être jugée dans le tribunal saisi de la cause principale. Cette règle est fondée sur la maxime *accessorium sequitur principale*; mais elle admet quelques exceptions, car il y a des juges d'attribution qui ne peuvent jamais connoître des questions d'état, quoique purement incidentes; par exemple, l'article 9 du titre 12 de l'ordonnance de 1673, porte, que les juges-consuls *connoîtront de l'exécution des lettres* royaux, *lorsqu'elles seront incidentes aux affaires de leur compétence, pourvu qu'il ne s'agisse pas de l'état ou qualité des personnes.*

Il y a dans le journal des audiences un arrêt du 12 janvier 1686, qui juge pareillement, sur les conclusions de M. l'avocat-général Talon,

---

(*) Ea quæ à te cùm tibi serviret fugit, & in aliam provinciam se contulit, libertatem sibi vindicans, non injuriâ eo loco litigare compellenda est, undè quasi fugitiva recessit. Ideòque remittere eam in provinciam in quâ servivit præses provinciæ, qui in eo loco jus repræsentat, curæ habebit: sed non ubi deprehensa est, audiri debet.

(**) Si in possessione libertatis constituta es, cùm in statûs etiam quæstione actor rei forum sequi debeat: ibi causam liberalem agi oportet ubi consistit quæ ancilla dicitur, licet senatoriâ dignitate actor decoretur.

(***) Si ex possessione servitutis in libertatem quis proclamet, ibi agi oportere statûs causam, ubi domicilium constitutum habet qui se dominum dicit, non est ambigui juris.

qu'un lieutenant criminel n'avoit pu en prenant connoiſſance des excès & des mauvais traitemens commis dans la perſonne d'un mari & d'une femme par un étranger qui ſe prétendoit leur fils, admettre l'accuſé à la preuve de ſa prétendue filiation. » Il paroît dans le procédé de ce lieu-» tenant criminel beaucoup d'affectation & de » précipitation : la queſtion d'état étant une queſ-» tion purement civile, elle ne pouvoit être de » ſa compétence, & ſi l'intimé a quelques titres » colorés de ſa qualité, il devoit dans les règles » ordonner, qu'avant faire droit ſur l'appel de » l'ajournement perſonnel décerné contre lui, les » parties ſe pourvoiroient pour la queſtion d'état » devant les juges qui en doivent connoître, » pour ce fait & rapporté être ordonné ce que » de raiſon «. Ainſi s'exprimoit M. Talon lors de cet arrêt.

Rouſſeau de la Combe conclut de là, que les lieutenans criminels ſont abſolument incompétens pour connoître des queſtions d'état. C'eſt une erreur ; ils peuvent en prendre connoiſſance toutes les fois qu'elles ſont propoſées principalement, & qu'il réſulte des circonſtances dans leſquelles elles préſentent un crime ſuſceptible d'une inſtruction à l'extraordinaire. C'eſt ce que prouve nettement l'article 8 du titre 14 de l'ordonnance de 1670, conçu en ces termes : » Les » accuſés, de quelque qualité qu'ils ſoient, ſe-» ront tenus de répondre par leur bouche, ſans » miniſtère de conſeil qui ne pourra leur être » donné..... ſi ce n'eſt pour crime de.... » *ſuppoſition de part, & autres crimes où il s'a-» gira de l'état des perſonnes* «. L'uſage vient à l'appui de ce texte ; nous avons rapporté ci-de-

vant, section 2, §. 1, un arrêt de la Tournelle du 16 juillet 1695, qui prononce sur la Légitimité d'un enfant, en conséquence d'une procédure extraordinaire commencée par le lieutenant-criminel d'Amiens, & continuée par le même juge en vertu d'un arrêt du 13 août 1694.

La loi 32, §. 7, D. *de receptis qui arbitrium*, décide que l'on ne peut mettre une question d'état en compromis. Cette règle doit sans doute s'appliquer à la Légitimité.

Voyez outre les textes cités dans cet article, le traité de l'abus de Fevret; les œuvres de Basnage, de Henrys, de M. d'Agueſſeau, de Cochin; le journal du palais & celui des audiences; les arrêts de Bardet, de M. Louet, d'Augeard, de M. Dulauri, de M. Dufief, de M. Pollet; la collection de jurisprudence; Zachias, quæstiones medico-legales; *le traité des prescriptions de Dunod; la jurisprudence civile de Lacombe, &c.* Voyez aussi les articles ETAT, ENFANT, FILIATION, MARIAGE, COMPROMIS, &c.

(*Article de M.* MERLIN, *avocat au parlement de Flandre*).

Fin du tome trente-cinquième.

ERRATA.

TOME XXIV.

Page 59, ligne 33, le mot une, qui eſt au commencement de cette ligne, doit au contraire la terminer.

L. C. MEUNIER
AVOCAT
80 ST. GABRIEL
MONTREAL

Universidad de Chile
BIBLIOTECA
Facultad de Artes